

Temas selectos sobre derechos humanos para la actualización profesional

Guía de estudio y antología de lecturas



Programa de Capacitación y Formación Profesional en Derechos Humanos

Fase de actualización permanente



Colección Cuadernos de capacitación

Primera edición, 2010

D. R. © 2010, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal
Av. Universidad 1449, col. Florida, pueblo de Axotla,
del. Álvaro Obregón, 01030 México, D. F.
www.cd hdf.org.mx

*Material didáctico del Programa de Capacitación del Servicio Profesional
en Derechos Humanos para uso exclusivo de la Comisión de Derechos Humanos
del Distrito Federal. Prohibida su venta.*

Impreso en México

Printed in Mexico

ÍNDICE

Presentación	7
Introducción	9
Objetivos	9
Curso I. Documentación de casos con perspectiva de género	11
Objetivo específico	11
<i>Síntesis</i>	13
Género, perspectiva de género y derechos humanos, algunas premisas conceptuales	13
La aplicación de la perspectiva de género en la determinación de violaciones a derechos humanos	14
Igualdad y no discriminación	15
Instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos de las mujeres	16
La investigación y documentación de violaciones a derechos humanos con perspectiva de género	18
<i>Material de estudio</i>	19
Lectura 1. "El marco teórico: la perspectiva de género y la protección internacional de los derechos humanos", <i>Soledad García e Isabel Torres</i>	20
Lectura 2. "La progresiva generalización de la protección internacional de los derechos humanos", <i>Soledad García Muñoz</i>	120
Lectura 3. "Documentación de casos de tortura con perspectiva de género", <i>Julissa Mantilla Falcón</i>	154
<i>Ejercicios</i>	179
<i>Autoevaluación</i>	182

Curso II.	Curso práctico de argumentación jurídica	185
	Objetivo específico	185
	<i>Síntesis</i>	187
	Paradigmas de interpretación judicial	187
	El carácter argumentable del derecho	189
	El Estado de derecho	189
	Teorías argumentativas	190
	Teorías retóricas	190
	Teorías procedimentales	191
	Derechos	191
	Logros y carencias de la teoría de la argumentación jurídica	193
	La lógica en el derecho	193
	La razón en el derecho	194
	Argumentación y racionalidad judicial	194
	<i>Material de estudio</i>	196
	Lectura 1. "Paradigmas de la interpretación jurídico-judicial", <i>Rodolfo Luis Vigo</i>	197
	Lectura 2. "Retórica y Estado de derecho", <i>Neil MacCormick</i>	208
	Lectura 3. "La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias", <i>Juan Antonio García Amado</i>	226
	<i>Ejercicios</i>	242
	<i>Autoevaluación</i>	246
Curso III.	Aplicación práctica del interés superior del niño. Actuación y documentación	249
	Objetivo específico	249
	<i>Síntesis</i>	251
	Los derechos del niño son derechos humanos	251
	La Convención sobre los Derechos del Niño	252
	Principios de la Convención sobre los Derechos del Niño	253
	El interés superior del niño	254
	Función del interés superior del niño	255
	La evaluación del interés superior del niño	256
	La determinación del interés superior del niño	256
	Acciones que afectan a niñas, niños y adolescentes	256
	¿Cómo aplicar el principio? Integralidad, máxima operatividad y mínima restricción de los derechos del niño	257
	El interés superior del niño y las relaciones parentales	257
	Prioridad de las políticas públicas para la infancia: interés del niño e interés colectivo	258
	El apoyo a los sistemas nacionales de protección de niñas y niños	258
	Sistemas globales de protección de niñas y niños	259
	Otras fuentes legales importantes	259
	Caso práctico. <i>Incursus</i> : el caso Serena	260

<i>Material de estudio</i>	262
Lectura 1. "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", <i>Miguel Cillero Bruñol</i>	263
Lectura 2. "Incursus: el caso Serena", <i>Gustavo Zagrebelsky</i>	281
Lectura 3. "El principio del interés superior", <i>Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados</i>	287
<i>Ejercicios</i>	300
<i>Autoevaluación</i>	303
Curso IV. Enfoque de derechos humanos en la programación de trabajo	307
Objetivo específico	307
<i>Síntesis</i>	309
Derechos humanos y desarrollo humano	309
Derechos humanos y reducción de pobreza	310
Derechos humanos y buena gobernanza	310
Derechos humanos y crecimiento económico	310
Derechos humanos y maquinaria de gobierno	311
Derechos humanos y resolución de disyuntivas políticas	311
Derechos humanos y presupuestos nacionales	311
Enfoque basado en derechos humanos	311
Aportación del enfoque basado en derechos humanos al desarrollo	312
Enfoque basado en los derechos humanos e identificación nacional	313
Derechos humanos y programación del desarrollo	313
Principios de igualdad y no discriminación en la programación	313
Rendición de cuentas y programación	313
Principio de participación para la programación	314
Los derechos humanos en el análisis de situaciones	314
Derechos humanos y formulación de programas	314
Derechos humanos en el desarrollo de la capacidad	314
Indicadores en el ámbito de derechos humanos	315
<i>Material de estudio</i>	316
Lectura 1. "La incorporación del enfoque basado en derechos humanos en el ciclo de gestión de proyectos", <i>Birgit Gerstenberg</i>	317
Lectura 2. "Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo", <i>Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos</i>	323
Lectura 3. "Utilización de indicadores para promover y vigilar la implementación de los derechos humanos, algunas preguntas y respuestas, material de antecedentes", <i>Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos</i>	361
<i>Ejercicios</i>	406
<i>Autoevaluación</i>	409

Curso v.	Debido proceso y derechos humanos	413
	Objetivo específico	413
	<i>Síntesis</i>	415
	Principios fundamentales de derecho penal	416
	Derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley	416
	Plazo razonable	417
	Debidas garantías dentro de un juicio justo	418
	Juicio justo, debido proceso y suspensión	419
	Otros aspectos del debido proceso	420
	El debido proceso en el ámbito penal internacional	420
	<i>Material de estudio</i>	421
	Lectura 1. "El derecho al debido proceso y a un juicio justo en el sistema interamericano de derechos humanos", <i>Agustina del Campo</i>	422
	Lectura 2. "Las garantías del debido proceso en el derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos", <i>Yuria Saavedra Álvarez</i> ...	470
	Lectura 3. "El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos", <i>Sergio García Ramírez</i>	500
	<i>Ejercicios</i>	535
	<i>Autoevaluación</i>	538
Curso vi.	Derechos humanos de las personas con discapacidad	541
	Objetivo específico	541
	<i>Síntesis</i>	543
	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	543
	Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad	545
	Un nuevo paradigma	546
	Hacia una correcta aplicación	548
	<i>Material de estudio</i>	549
	Lectura 1. "La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. ¿Ante un nuevo paradigma de protección?", <i>Christian Courtis</i>	550
	Lectura 2. "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. México", <i>Gilberto Rincón Gallardo</i>	567
	Lectura 3. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo, <i>Organización de las Naciones Unidas</i>	571
	Lectura 4. Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, <i>Organización de los Estados Americanos</i>	602
	<i>Ejercicios</i>	607
	<i>Autoevaluación</i>	610
	<i>Claves de respuesta</i>	613

PRESENTACIÓN

La presente guía de estudio y antología de lecturas, denominada *Temas selectos sobre derechos humanos para la actualización profesional*, corresponde a la fase de actualización permanente del Programa de Capacitación y Formación del Servicio Profesional en Derechos Humanos (SPDH), la cual tiene como propósito fundamental proporcionar a las y los miembros del SPDH una herramienta que les permita adquirir los conocimientos y las habilidades prácticas necesarias en los cursos diseñados para dicha etapa.

La fase de actualización permanente representa una valiosa oportunidad para afianzar los conocimientos adquiridos por las y los integrantes del SPDH en las fases precedentes del Programa de Capacitación y Formación, y al mismo tiempo les permite realizar una importante tarea de actualización en diversas temáticas y sobre aspectos relacionados con su quehacer práctico cotidiano.

La profesionalización de las y los servidores públicos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) constituye uno de los fundamentos más importantes del Modelo de Gestión que la institución busca consolidar a través de la implementación de una estrategia de alta formación en derechos humanos. Con este fin, resulta de enorme importancia garantizar que la fase de actualización permanente se consolide como un importante vehículo para la renovación institucional y la vigencia de los conocimientos, con el objetivo de asegurar una protección eficaz de los derechos humanos.

En este sentido, el material que ahora se presenta supone un importante esfuerzo institucional para proporcionar al personal del SPDH aquellas herramientas de apoyo –teóricas, conceptuales y con una vinculación práctica– que faciliten la realización de sus tareas, al tiempo que aseguren que su aprovechamiento incida directamente en la calidad con que las desarrollan.

Además de su utilidad como material de apoyo docente en el marco de los cursos presenciales, el presente material puede utilizarse como una valiosa herramienta de consulta a la cual se puede regresar cada vez que se requiera examinar información relacionada con las temáticas que se abordan.

INTRODUCCIÓN

Esta herramienta pedagógica tiene por objeto facilitar a las y los miembros del SPDH la adquisición del conocimiento requerido para los cursos que integran la fase de actualización permanente del Servicio Profesional en Derechos Humanos, mediante los siguientes objetivos:

OBJETIVOS

Objetivo general

Contribuir a la formación profesional del personal que labora en las áreas de defensa, promoción y estudio de los derechos humanos, con el fin de mejorar sus capacidades y habilidades de manera permanente y sistemática a través de un esquema que brinde las herramientas necesarias para el mejor desempeño de sus funciones.

Objetivo específico

Reforzar los conocimientos adquiridos por las y los miembros del SPDH en materia de defensa, promoción y estudio de los derechos humanos a través del análisis de temas relevantes en la materia, con el fin de estimular la utilización de técnicas que les permitan desarrollar mejores prácticas de trabajo y así fortalecer los servicios que brinda la Comisión.

Para términos prácticos, cada curso está compuesto de cuatro secciones principales: síntesis, material de estudio (antología de lecturas), ejercicios y autoevaluación.

Síntesis



Con ella se busca contribuir a que las y los lectores se sitúen frente al tema y comprendan la relevancia de los contenidos. Para tal fin, se ha realizado la síntesis del contenido de los cursos a partir de las lecturas que conforman la bibliografía obligatoria de este material, en la cual se destacan los conceptos elementales de cada tema. Esta síntesis no es exhaustiva, pues su intención es proporcionar un marco conceptual que permita comprender mejor los temas.

Material de estudio



Ésta es la parte sustancial de la presente herramienta, una antología de lecturas que comprende la bibliografía obligatoria correspondiente a los temas de estudio. Esta antología constituye en sí misma un material importante. Su lectura es la actividad más relevante de este mecanismo autodidáctico, por ello es necesario que las y los miembros del SPDH pongan particular interés en su desahogo.

Ejercicios



La tercera sección es una serie de ejercicios a través de los cuales se busca que, al desarrollarlos, las y los miembros del SPDH ubiquen los aspectos más relevantes, relacionen a los autores o teóricos con los argumentos que sostienen, e identifiquen las polémicas que surgen desde posiciones distintas o de diferentes planteamientos en torno a los temas abordados.

Autoevaluación



La última parte de los cursos está integrada por una autoevaluación. Esta sección tiene un doble objetivo: por una parte, que las y los estudiantes se hagan una idea clara del nivel de comprensión que han alcanzado sobre los temas tratados o, en su caso, que identifiquen las áreas que requieren un estudio más profundo; por otra, les permite familiarizarse con el tipo de evaluación que presentarán al concluir las actividades de la guía. Esta sección incluye las claves de respuesta que permitirían la revisión de los resultados de las autoevaluaciones para verificar los avances obtenidos.

CURSO I.

Documentación de casos con perspectiva de género

OBJETIVO ESPECÍFICO

- Brindar herramientas teóricas y prácticas para la documentación de casos de violaciones a derechos humanos, utilizando la perspectiva de género.



SÍNTESIS

Género, perspectiva de género y derechos humanos, algunas premisas conceptuales

Para analizar los logros jurídicos que se han alcanzado en el derecho internacional de los derechos humanos es necesario comprender aquellos conceptos fundamentales y sus principios básicos que han realizado importantes aportaciones para la protección de los derechos de las personas.

El *género*, entendido como una construcción histórica, ha sido definido por diversos especialistas en la materia. Destaca la explicación concebida por Alda Facio, quien afirma lo siguiente (García, p. 123):

En realidad, el género en el sentido de "*gender*" o género sexual, hace referencia a la dicotomía sexual que es impuesta socialmente a través de roles y estereotipos, que hacen aparecer a los sexos como diametralmente opuestos. Es así que a partir de una exagerada importancia que se da a las diferencias biológicas reales, se construyen roles para cada sexo. Peor aún, las características con que se define a uno y otro sexo gozan de distinto valor y legitiman la subordinación del sexo femenino, subordinación que no es dada por la naturaleza. Es decir, mientras que el concepto de "sexo" podría afirmarse que es fisiológico, el de género es una construcción social. Esta distinción es muy importante, ya que nos permite entender que no hay nada natural en los roles y características sexuales y que por lo tanto pueden ser transformados.

Por su parte, la *perspectiva de género* ha sido definida por Marcela Lagarde como el fundamento que (García, p. 123):

permite analizar y comprender las características que definen a las mujeres y a los hombres de manera específica, así como sus semejanzas y diferencias. Esta perspectiva de género analiza las posibilidades vitales de las mujeres y los hombres: el sentido de sus vidas, sus expectativas y oportunidades, las complejas y diversas relaciones sociales que se dan entre ambos géneros, así como los conflictos institucionales y cotidianos que deben enfrentar y las maneras en que lo hacen.

La perspectiva de género introduce principalmente la mirada del género femenino para lograr el desmantelamiento de los mecanismos y formas que asumen los sistemas de dominación, pero no como su fuera la contrapropuesta de la perspectiva androcéntrica. No busca establecer la del género femenino como la única mirada válida e invisibilizar al género masculino; lo que quiere es visualizar y poner en el centro del análisis las relaciones de poder entre los géneros con el fin de que en todo discurso exista una perspectiva involucrada. Asimismo, la perspectiva de género debe incluir a la visión masculina, mas no androcéntrica, con el objetivo de visibilizar la experiencia e intereses de los hombres como grupo específico para lograr una mirada más amplia y concreta que analice integralmente los fenómenos sociales.

La perspectiva de género se puede definir como “el enfoque o contenido conceptual que le damos al género para analizar la realidad y fenómenos diversos, evaluar las políticas, la legislación y el ejercicio de derechos, diseñar estrategias y evaluar acciones, entre otros” (García y Torres, p. 26). Se caracteriza por ser inclusiva, permite observar y comprender cómo opera la discriminación, cuestiona el androcentrismo y el sexismo, y hace visibles las experiencias, perspectivas, intereses, necesidades y oportunidades de las mujeres para que se puedan mejorar sustancialmente las políticas, programas y proyectos institucionales, y las acciones dirigidas a construir sociedades equitativas, justas y democráticas. De igual manera, aporta las herramientas teóricas, metodológicas y técnicas que son necesarias para llevar al empoderamiento a las mujeres (García y Torres, pp. 26 y 27).

Si bien la doctrina de los derechos humanos es enfática cuando señala que éstos son universales, irrenunciables, jurídicamente exigibles, integrales, interdependientes, indivisibles e inherentes a toda persona, existe una gran brecha entre las normas que lo establecen y la práctica, entre la igualdad *de jure* y la igualdad *de facto*.

La discriminación hacia las mujeres ha sido parte de la historia de la humanidad, por lo que a través de la perspectiva de género se puede comprender por qué la doctrina de los derechos humanos –en constante evolución y desarrollo– ha contemplado ampliaciones conceptuales y reconocimientos explícitos de los derechos de las mujeres. La Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en 1993, señalan expresamente que “los derechos humanos de la mujer y la niña son parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales”; y que la plena participación de la mujer, en condiciones de igualdad, en la vida política, económica, social y cultural, así como la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo, son objetivos prioritarios de la comunidad internacional (García y Torres, pp. 23-24).

La aplicación de la perspectiva de género en la determinación de violaciones a derechos humanos

Poseer una perspectiva de género enriquece la manera de mirar la realidad y de actuar sobre ella. En materia de derechos humanos permite, entre otras cosas, visualizar aquellas inequidades construidas socioculturalmente y detectar de mejor manera la especificidad en la protección que necesitan quienes sufren desigualdad o discriminación (García y Torres, pp. 30 y 31).

Aplicar una perspectiva de género en la investigación de violaciones a derechos humanos implica reconocer que hombres y mujeres resultan afectados de manera diferente, pues ayuda a identificar que

las causas y las consecuencias de tales violaciones son distintas, dependiendo si las personas involucradas son hombres o mujeres. Asimismo, permite comprender el concepto de *violencia de género*, que es la violencia motivada específicamente por el género de las víctimas (Mantilla, p. 156).

Julissa Mantilla refiere que con la integración de la perspectiva de género en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos diversos conceptos tradicionales comenzaron a analizarse a través de perspectivas diferentes; además, se han empezado a tomar en cuenta las consecuencias específicas y diferenciadas que tienen las violaciones a derechos humanos para hombres y mujeres (Mantilla, p. 157). En el sistema interamericano de derechos humanos, tanto en la Comisión como en la Corte, se han revisado casos que, al ser abordados desde una perspectiva de género, han puesto de relieve las diferentes afectaciones que conllevan violaciones similares a derechos para hombres y para mujeres.

Un ejemplo de lo anterior es la sentencia del caso *Castro Castro vs. Perú*, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), aplicó una perspectiva de género para analizar las violaciones a la integridad personal de las internas afectadas, con lo que se dejó de lado una aproximación neutral a los hechos. Tomó como referencia de interpretación la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) con el fin de dejar en claro, entre otros puntos, que en el caso de las mujeres embarazadas el impacto de las situaciones suscitadas fue especialmente grave al experimentar un sufrimiento adicional, ya que "además de haber visto lesionada su propia integridad física, padecieron sentimientos de angustia, desesperación y miedo por el peligro que corría la vida de sus hijos" (Mantilla, pp. 161 y 162).

Soledad García e Isabel Torres señalan que para llevar a cabo una defensa activa y eficaz de los derechos humanos de las mujeres se debe prestar mucha atención a la especificidad de las violaciones que sufren las víctimas y utilizar, con base en la perspectiva de género, las herramientas jurídicas disponibles (García y Torres, p. 34).

Igualdad y no discriminación

Las conductas discriminatorias se sustentan en valoraciones negativas hacia determinados grupos o personas, lo cual tiene consecuencias en su trato e incluso afecta negativamente el ejercicio de sus derechos y la realización de sus capacidades. Ante ello se torna importante impulsar la vigencia de los derechos humanos con base en los principios de no discriminación y de equidad.

En cuanto a la igualdad, Soledad García e Isabel Torres señalan que este principio no se define a partir de un criterio de semejanza sino de justicia, ya que otorga el mismo valor a personas distintas. Se trata de una importante convención social que reconoce como iguales a quienes pertenecen a distintos sexos, razas, etnias, clases sociales, etc. Por lo tanto, "la reivindicación de la igualdad como principio normativo y como derecho, se sustenta en el principio ético de la justicia: no es justa la convivencia en la desigualdad y tampoco la competencia en la desigualdad" (García y Torres, p. 36).

Por su parte, el principio de equidad permite el reconocimiento de las desigualdades y de la disparidad en las posibilidades que tienen los seres humanos para acceder a las oportunidades que les ayuden a mejorar sus vidas.

Instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos de las mujeres

Ante el panorama de violencia y discriminación hacia las mujeres, en el ámbito internacional se han desarrollado instrumentos y mecanismos que las protegen, tanto en la esfera pública como en la privada, de las violaciones que pudieran producirse en su contra.

Los primeros instrumentos específicos de derechos humanos centrados en las mujeres fueron adoptados a mediados del siglo pasado y giraron en torno a la nacionalidad y al reconocimiento de sus derechos civiles y políticos. Posteriormente, los sistemas internacionales de derechos humanos han identificado en la discriminación y en la violencia los dos ejes temáticos principales para desarrollar una protección específica hacia las mujeres (García y Torres, p. 37).

Entre los instrumentos que en este sentido se han creado en el contexto internacional podemos mencionar los siguientes (García y Torres, pp. 38, 39, 86 y 87):

- *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará):*¹
 - Artículo 1°: “[...] debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito de lo público como en el privado”.
 - Artículo 6°: “El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros [...] el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación”.
 - Artículo 10: Uno de los mecanismos de protección de la Convención es el deber de los Estados Parte de presentar informes periódicos para su examen por parte de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), con el fin de informar sobre los progresos y medidas adoptadas para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres en sus territorios.
 - Artículo 11: También ha previsto la posibilidad de que los Estados Parte y la CIM soliciten opiniones consultivas sobre la interpretación de la Convención a la Corte IDH.

Probablemente uno de los mayores logros de este instrumento sea que al ratificarla, los Estados aceptan su responsabilidad con respecto a la violencia de toda índole que sufre la mujer en cualquier ámbito, con lo cual permite la protección de sus derechos en las esferas pública y privada.

- *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés):*² Artículo 1°: “[...] la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y

¹ Adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos durante su vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones, en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994.

² Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 34/180 del 18 de diciembre de 1979.

las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

- Protocolo Facultativo de la CEDAW:³ Instaura un mecanismo de quejas individuales para las mujeres que han sido víctimas de violaciones a los derechos humanos consagrados por la Convención, que es el Comité CEDAW. El protocolo también prevé la posibilidad de investigar violaciones graves o sistemáticas en Estados Parte que hayan aceptado esta competencia.

Alda Facio destaca la enorme importancia de la definición de *discriminación* que hace la CEDAW con base en tres razones fundamentales: *a)* la discriminación es entendida como resultado y no sólo como propósito, de tal forma que una acción, ley o política sin intención de discriminar puede ser discriminatoria si ése fuera su efecto; *b)* es la definición que se incorpora en la legislación interna de los países ratificantes, y *c)* no plantea una división entre la discriminación que se produce en el ámbito público y aquella generada en el ámbito privado sino que comprende ambas, lo cual queda claro cuando establece "en cualquier otra esfera" (García, p. 132).

La CEDAW exige a los Estados Parte condenar cualquier tipo de discriminación y adoptar medidas legislativas con el fin de erradicarla, así como realizar reformas de índole política, social, económica y cultural tendientes a asegurar la igualdad real entre hombres y mujeres (García, p. 132).

A pesar de que algunos otros instrumentos no fueron estrictamente elaborados para proteger específicamente los derechos de las mujeres, sí los reflejan y pueden ser útiles para su defensa; éstos son (García, pp. 126-130):

- *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948): artículos 1° y 2° (igualdad y no discriminación), artículo 7° (igualdad ante la ley) y artículo 25.2 (atención especial de la maternidad y la infancia).
- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1966): artículo 2.1 (no discriminación en el disfrute de los derechos reconocidos por el Pacto), artículo 3° (igualdad en el goce de los derechos que el Pacto reconoce por parte de mujeres y hombres), artículo 4.1 (no discriminación al establecer limitaciones a los derechos en estados de excepción), artículo 6.5 (no aplicación de la pena de muerte a mujeres en estado de gravedad), artículo 23.4 (igualdad de los cónyuges en el matrimonio) y artículo 26 (igualdad ante la ley y no discriminación).
- *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1966): artículo 2.2 (no discriminación en el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto), artículo 3° (igualdad entre mujeres y hombres en el goce de los derechos que consagra el Pacto), artículo 7° (no discriminación de la mujer en cuanto a condiciones satisfactorias y equitativas de trabajo) y artículo 10.2 (especial protección a las madres).
- *Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo* (1958): artículo 1.1a): el término *discriminación* comprende "cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación".
- *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1948): artículo II (igualdad ante la ley y no discriminación), y artículo VII (protección a la maternidad y a la infancia).

³ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución A/54/4 del 6 de octubre de 1999.

- *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1969): artículo 1.1 (no discriminación), artículo 17.4 (igualdad de derechos de los cónyuges), artículo 24 (igualdad ante la ley) y artículos 27.1 y 27.2 (prohibición de la discriminación por suspensión de garantías y prohibición de suspender, entre otros, el artículo 17 de esta Convención).
- *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)* (1988): artículo 3° (obligación de no discriminación), artículo 6.2 (compromiso de los Estados Parte de ejecutar y fortalecer "programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo"), artículo 9.2 (derecho a que la seguridad social cubra licencia retribuida por maternidad antes y después del parto) y artículo 15.3a) (atención y ayudas especiales a la madre).

Es importante destacar que también es amplia la existencia de doctrina y jurisprudencia internacional a favor de la igualdad de derechos, la cual se refleja en tratados, declaraciones, directivas y observaciones generales del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y en las resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, entre otras. Asimismo, es fundamental que tanto en el sistema interamericano como en el universal de derechos humanos existan mecanismos de protección tales como las relatorías sobre los derechos de la mujer.

Mención aparte merece el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en el cual la dimensión de género se encuentra reflejada tanto en la tipificación de los crímenes que serán competencia de la Corte como en la propia estructura y funcionamiento de ésta. Para los efectos del Estatuto, el término *género* se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad (García, p. 142).

La investigación y documentación de violaciones a derechos humanos con perspectiva de género

Aplicar una perspectiva de género en la investigación de las violaciones de derechos humanos, implica reconocer que hombres y mujeres resultan afectados de manera diferente. Esta perspectiva nos ayuda a identificar que las causas y consecuencias de dichas violaciones van a variar según sean hombres o mujeres las personas involucradas. Asimismo, nos permitirá entender el concepto de "violencia de género", esto es, violencia que se da específicamente por el género de las víctimas [Mantilla, p. 156].

El uso de la perspectiva de género en el análisis ha contribuido de manera fundamental al desarrollo de las investigaciones en materia de derechos humanos a nivel internacional y local. Asimismo, ha enriquecido los conceptos tradicionales de derechos humanos, permitiendo una aplicación real y efectiva así como la producción de nuevos tratados y resoluciones internacionales que protejan los derechos humanos (Mantilla, p. 171).

Si bien aún no se ha generalizado la documentación de violaciones y el tratamiento de casos desde una perspectiva de género, diversas instancias gubernamentales u organismos civiles ya han desarrollado protocolos de investigación y actuación en esa línea, los cuales han logrado relevar la especificidad de las violaciones que afectan a hombres y mujeres de distinta forma con el fin de impulsar la protección de derechos de manera diferenciada pero con igualdad de oportunidades de acceder a la justicia.



MATERIAL DE ESTUDIO

Bibliografía obligatoria

GARCÍA, SOLEDAD E ISABEL TORRES, "El marco teórico: la perspectiva de género y la protección internacional de los derechos humanos", en *Los derechos humanos de las mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional*, San José de Costa Rica, IIDH, 2004, pp. 71-169.

GARCÍA MUÑOZ, SOLEDAD, "La progresiva generización de la protección internacional de los derechos humanos", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 2, 2001, 33 pp., disponible en <www.reei.org>, página consultada el 30 de junio de 2010.

MANTILLA FALCÓN, JULISSA, "Documentación de casos de tortura con perspectiva de género", en *Consideraciones para la investigación y documentación de la tortura en México*, México, OACNUDH, 2007, pp. 173-196.

LECTURA 1

Tomada de: Soledad García e Isabel Torres, "El marco teórico: la perspectiva de género y la protección internacional de los derechos humanos", en *Los derechos humanos de las mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional*, San José de Costa Rica, IIDH, 2004, pp. 71-169.

II. El marco teórico: la perspectiva de género y la protección internacional de los derechos humanos*

Este capítulo pretende brindar un acercamiento al marco teórico-conceptual de los contenidos del proceso formativo impartidos durante los dos cursos presenciales, como un aporte académico complementario a la recapitulación de la experiencia pedagógica. No se pretende en estas páginas resumir la riqueza de los conocimientos y experiencia del equipo docente, ni de la bibliografía y jurisprudencia utilizada, más bien se trata de recuperar elementos que son clave en el abordaje de la temática¹.

La escogencia de los temas obedeció al objetivo de brindar conocimientos y herramientas que facilitarían la utilización práctica y efectiva de los sistemas internacionales de protección, particularmente del Sistema Interamericano,

* Participaron en la elaboración Soledad García (consultora externa) e Isabel Torres (IIDH).

1 Pueden ampliarse los conocimientos mediante el curso autoformativo “Uso del Sistema Interamericano para la protección de los derechos humanos de las mujeres”, disponible totalmente en línea y de manera gratuita en la página web del IIDH www.iidh.ed.cr (Recursos para investigación y enseñanza-Aula Virtual Interamericana).

en materia de derechos humanos de las mujeres; todo ello con el fin de generar jurisprudencia y prácticas internacionales con perspectiva de género.

Dos núcleos temáticos resultan claves en la sistematización de este marco teórico-conceptual: el relativo a la perspectiva de género y a la especificidad en materia de derechos humanos de las mujeres; y la protección internacional de los derechos humanos. Sobre este último, se señala que para efectos de esta publicación, se escogieron algunos elementos conceptuales por su relevancia: el agotamiento de los recursos internos en el marco de la complementariedad del sistema internacional con respecto al nacional; y la prueba de discriminación.

1. Los derechos humanos y la perspectiva de género

Es necesario comenzar haciendo un breve repaso de la doctrina de los derechos humanos. Los derechos humanos son atributos inherentes a toda persona por su sola condición de serlo, sin distinción de edad, raza, sexo, nacionalidad o clase social. Los derechos humanos tienen las siguientes características:

- **Universales:** son inherentes a todas las personas en todos los sistemas políticos, económicos y culturales;
- **Irrenunciables:** no se pueden trasladar a otra persona ni renunciar a ellos;
- **Integrales, interdependientes e indivisibles:** se relacionan unos con otros, conforman un todo (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) y no se puede sacrificar un derecho por defender otro; y
- **Jurídicamente exigibles:** al estar reconocidos por los Estados en la legislación internacional y nacional, permite exigir su respeto y cumplimiento.

Eso dice la doctrina y eso dice la norma. Pero hay una gran brecha entre la norma y la práctica, entre la igualdad *de jure* y la igualdad *de facto*. Las reglas del ordenamiento social responden a patrones socioculturales y por ello, la concepción y aplicación de los derechos humanos se concibió desde sus inicios en clave masculina: el hombre como centro del pensamiento humano, del desarrollo histórico, protagonista único y parámetro de la humanidad.

Los derechos de las mujeres fueron pensados como un particular del universal masculino y bajo una concepción de las mujeres como minoría. Hay que recordar por ejemplo, que durante mucho tiempo, las mujeres se beneficiaron de algunos derechos por extensión, al ser cónyuges de un ciudadano hombre; o les fueron negados derechos, como el sufragio, reconocido hasta inicios del siglo XX. Ello provocó la exclusión histórica de las mujeres, la invisibilización de las diferencias, diversidad, especificidades y necesidades de esta población²

La perspectiva de género nos remite a las características de mujeres y hombres definidas socialmente y moldeadas por factores culturales, razón por la cual son susceptibles de transformación. La discriminación hacia las mujeres ha sido parte de la historia de la humanidad y utilizar la perspectiva de género, permite entender por qué la doctrina de los derechos humanos -en constante evolución y desarrollo- ha contemplado ampliaciones conceptuales y reconocimientos explícitos de los derechos de las mujeres. Es por ello que la declaración y el plan de acción de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (Viena, 1993), señala expresamente que “los derechos humanos de la mujer y la niña, son parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales”; y que la plena participación de la mujer en condiciones

2 TORRES, Isabel, “Marco jurídico de la protección internacional de los derechos humanos de las mujeres”. Ponencia presentada en Querétaro, México, 21 de julio de 2003.

de igualdad (en la vida política, económica, social y cultural) y la erradicación de todas formas de discriminación basadas en el sexo, son objetivos prioritarios de la comunidad internacional.

1.1 Acercándonos al concepto y perspectiva de género

El **género** se refiere a las diferencias creadas entre unos y otras por la sociedad, así como a las percepciones construidas en los ámbitos cultural y social sobre esas diferencias. Es una creación social que frecuentemente se contrasta con el término “**sexo**”, que se refiere más bien, a las diferencias biológicas entre hombres y mujeres³.

Más claramente, el género es un conjunto de características sociales y culturales de lo femenino y lo masculino. Trata de comportamientos, valores, actitudes y sentimientos que la sociedad considera como propios de los hombres o de las mujeres.

Ahora bien, en ningún caso hay que asimilar, como sucede con frecuencia, la palabra y el concepto de género con “mujer”, “femenino” o “feminista”. En efecto, la categoría de género surge en el movimiento feminista de los años setenta del siglo pasado, para explicar la artificialidad de las desigualdades entre mujeres y hombres; a ese impulso debemos su actual vigencia y desarrollo, pero conceptualmente hablando, la noción “género” y el colectivo pensante que lo generó no son sinónimos.

3 IIDH; WOMEN, LAW & DEVELOPMENT INTERNATIONAL, HUMAN RIGHTS WACHT WOMEN'S RIGHTS PROJECT, “Derechos Humanos de las Mujeres: Paso a Paso (Guía práctica para el uso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de los Mecanismos para Defender los Derechos Humanos de las Mujeres)”, 1997, p. 208. Texto completo en línea en sección especializada DerechosMujer de la página web IIDH www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer

Tampoco hay que identificar género con sexo, pues como vimos la primera es una noción explicativa más amplia mientras que la segunda, identifica las diferencias biológicas entre mujeres y hombres. Asimismo, género no es igual a “mujer”, pues engloba también los roles que se asigna al sexo masculino por el hecho de nacer con atributos de varón⁴. El género es un término que explica la relación que existe entre hombres y mujeres, no es un sinónimo de mujer. Veamos el cuadro siguiente⁵:

<i>SEXO</i>	<i>GÉNERO</i>
Dado por los genes	Es aprendido
No puede cambiarse	Puede cambiarse
Ejemplo: solo las mujeres pueden dar a luz y amamantar.	Ejemplo: mujeres y hombres pueden cuidar de niños y niñas y de su alimentación.

Las mujeres han sido discriminadas históricamente por el hecho mismo de ser mujeres. Se les ha dado un tratamiento desigual y discriminatorio en virtud de un conjunto de normas de conducta, de estereotipos, de valores, de significaciones distintas y desventajosas otorgadas por la sociedad al hecho de ser mujer. Estos patrones sociales y culturales pueden ser

-
- 4 Un completo análisis de la cuestión puede encontrarse en: IIDH, “Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo IV”, artículo DE BARBIERI, M. Teresita: “Certezas y malos entendidos sobre la categoría género”, 1996, pp.47 a 84. Texto completo en línea en sección especializada DerechosMujer de página web IIDH www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer
 - 5 IIDH, “Marco de referencia y estrategia para la integración de la perspectiva de género en el IIDH, Módulo 1”, GUZMÁN S., Laura y CAMPILLO C., Fabiola, 2001, p.8. Texto completo en línea en sección especializada DerechosMujer de página web IIDH www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer

modificados, la discriminación hacia las mujeres no es “natural”, puede cambiarse⁶.

Así pues, el concepto género aporta una nueva forma de entender a los seres humanos, a partir de la consideración de que es la sociedad quien se encarga de asignar a las personas características fijas y el papel a desempeñar en ella en función de su sexo; y por tanto, de haber colocado al sexo femenino en una posición de subordinación histórica respecto del masculino. Precisamente porque es una construcción social, artificial y voluntaria, es por lo que puede y debe ser modificada, principalmente cuando la asignación perjudique, discrimine e incluso subordine a alguno de los sexos respecto del otro, como ha ocurrido con las mujeres.

A partir del concepto de género, se ha construido toda una teoría que tiene como una de sus herramientas principales la denominada perspectiva de género; la misma informa de manera creciente la mayoría de las ciencias e instituciones contemporáneas. La **perspectiva de género** puede definirse como “el enfoque o contenido conceptual que le damos al género para analizar la realidad y fenómenos diversos, evaluar las políticas, la legislación y el ejercicio de derechos, diseñar estrategias y evaluar acciones, entre otros”⁷.

Se trata de una perspectiva teórico-metodológica que se materializa en una forma de conocer o mirar la realidad; y de intervenir o actuar en esa realidad. La perspectiva de género se caracteriza porque:

-
- 6 TORRES, Isabel, “Respecto de la aplicación del principio de no discriminación e igualdad en materia de derechos de las mujeres”, Ponencia presentada en Managua, Nicaragua, 24 de marzo de 2004.
 - 7 IIDH, “Marco de referencia...Módulo 1”, GUZMÁN y CAMPILLO, opus cit, p.17.

- Es *inclusiva*, ya que incorpora al análisis otras condiciones que hacen más llevadera o agudizan la discriminación de género, como son la clase, la etnia y la edad.
- Permite observar y comprender *cómo opera la discriminación*, pues aborda todos aquellos aspectos que tienen que ver con la condición social y económica de las mujeres y los hombres, con el fin de favorecer iguales oportunidades para un acceso equitativo a recursos, servicios y derechos.
- *Cuestiona el androcentrismo y el sexismo* que permean todas las instituciones y actividades sociales, a la vez que *propone acciones estratégicas* para enfrentarlos críticamente y erradicarlos.
- Permite *hacer visible* las experiencias, perspectivas, intereses, necesidades y oportunidades de las mujeres, con lo cual se pueden mejorar sustancialmente las políticas, programas y proyectos institucionales, así como las acciones dirigidas a lograr sociedades equitativas, justas y democráticas.
- *Aporta las herramientas teóricas, metodológicas y técnicas* necesarias para formular, ejecutar y evaluar estrategias que lleven al empoderamiento de las mujeres⁸.

En definitiva, como bien explican Méndez y Pacheco: “El género no es un tema separado, es un enfoque que enriquece el diagnóstico de una situación, visualiza inequidades entre hombres y mujeres y abre caminos para

8 *Ibíd.* Cabe señalar que el empoderamiento “se refiere al proceso que crea condiciones para que la persona desarrolle su potencial humano y su autonomía, pudiendo tomar control de su vida en todos los ámbitos”.

su superación”. Consideran además, que “...la equidad de género es intensamente democratizante, construye poder social para el desarrollo y por lo tanto, es inherente a cualquier objetivo humano superior, como la lucha contra la pobreza o cualquier otro que nuestra conciencia demanda”⁹. Asimismo, ambos señalan que la perspectiva de género permite entender la especificidad de los derechos en el marco de la universalidad inherente a los mismos; promueve la igualdad desde el reconocimiento de las diferencias; y visibiliza el hecho de que las mujeres son sujetas de derechos también en el ámbito privado.

1.2 La incorporación de la perspectiva de género en los derechos humanos

El género y la perspectiva de género informan, de manera progresiva y creciente, la protección nacional e internacional de los derechos humanos. Tanto los diferentes sistemas constitucionales y legislativos nacionales, como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de las Personas Refugiadas, van integrando progresivamente en su seno esta nueva mirada que posibilita una protección más eficaz de los derechos¹⁰.

9 MÉNDEZ, Juan E. y PACHECO, Gilda, “El desarrollo de proyectos en derechos humanos con perspectiva de género”, ponencia presentada en el XVII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos “Emilio F. Mignone” organizado por el IIDH, del 14 al 25 de junio de 1999, en San José de Costa Rica, p.8.

10 La tesis es sostenida y explicada ampliamente en GARCÍA MUÑOZ, Soledad, “La progresiva ‘generización’ de la protección internacional de los derechos humanos”, en REEI (Revista Electrónica de Estudios Internacionales), N° 2, 2001 www.reei.org/reei.2/Munoz.PDF. En dicho trabajo la autora acuña el concepto de “generización” de la protección internacional de los derechos humanos, como el “fenómeno de transversalidad o impregnación por el género, como concepto y perspectiva de análisis, de la tarea de reconocimiento, promoción y salvaguardia de los derechos humanos en sede internacional.”

La aplicación de una perspectiva de género ha permitido el reconocimiento internacional acerca de la discriminación que enfrenta la mayoría de las mujeres en el mundo. Ha puesto de manifiesto las limitaciones que afectan el goce y ejercicio pleno de sus derechos humanos y les impide mejorar las condiciones en las que viven. Es por ello que existen instrumentos internacionales de derechos humanos que toman como punto de partida esa desigualdad histórica, reconociendo y protegiendo específicamente los derechos de las mujeres; estos se suman a los instrumentos jurídicos internacionales que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Destacan la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (conocida por sus siglas en inglés, CEDAW) y su Protocolo Facultativo¹¹, así como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (también conocida como Convención de Belém do Pará)¹².

Si bien más adelante se analizarán ampliamente los contenidos de estos instrumentos internacionales, interesa destacar que la Convención CEDAW define la discriminación contra la mujer y establece un concepto de igualdad sustantiva o igualdad real; indica en forma explícita la urgencia de modificar los papeles tradicionales de los hombres y las mujeres en la sociedad y la familia; y señala la responsabilidad de los Estados por la discriminación que sufren las mujeres tanto en la esfera pública como privada. Por su parte, la Convención de Belém do Pará define la violencia contra

11 La Convención CEDAW fue aprobada por la Organización de Naciones Unidas (ONU) en diciembre de 1979 y cuenta, a marzo de 2004, con 174 ratificaciones. El Protocolo Facultativo de la Convención fue aprobado por la ONU en diciembre de 1999 y para la misma fecha, cuenta con 57 ratificaciones.

12 Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA). Entró en vigor el 5 marzo de 1995 y cuenta actualmente con 31 ratificaciones.

la mujer; reconoce el derecho de las mujeres a una vida sin violencia y establece que la violencia contra ellas es una violación a los derechos humanos; y equipara este derecho tanto en el ámbito público como privado.

También interesa destacar un aspecto sobre el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional¹³. Este reconoce como parte de los crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra, las prácticas violatorias a los derechos humanos de las mujeres que históricamente han ocurrido en situaciones de conflicto armado o de disturbio: la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable, y establece su definición¹⁴.

Por otra parte, la categoría misma de género se ha hecho presente en textos e instrumentos internacionales sobre derechos humanos, lo cual es un claro indicador de la alta aceptación y valor que el concepto tiene. Un buen ejemplo de esto, a nivel americano, lo encontramos en el artículo 1 de la Convención de Belém do Pará, en la definición de violencia contra la mujer. Otro ejemplo, en el plano universal, es el artículo 7 del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional'; dicho artículo indica: "se entenderá que el término 'género' se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad".

Aplicar pues la perspectiva de género, enriquece la manera de mirar la realidad y de actuar sobre ella. En materia de derechos humanos, permite, entre otras cosas, visualizar

13 El Estatuto de la Corte Penal Internacional fue adoptado en Roma, el 17 de julio de 1998 en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas; cuenta a noviembre de 2004 con 92 ratificaciones.

14 IIDH, "Marco de referencia y estrategia para la integración de la perspectiva de género en el IIDH, Módulo 2", BAREIRO, Line, 2001, p. 13-15. Texto completo en línea en sección especializada DerechosMujer de web IIDH www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer

inequidades construidas de manera artificial, socio-culturalmente; y detectar mejor la especificidad en la protección que precisan quienes sufren desigualdad o discriminación. Ofrece pues grandes ventajas y posibilidades para la efectiva tutela de las personas y concretamente, de las mujeres. Por ello es lógico y necesario que el concepto género y su perspectiva, calen hondo en la protección internacional de los derechos humanos, llegando a transversalizar (*gender mainstreaming*) por completo la tutela que se ofrece a las personas a través de sus mecanismos e instituciones.

Esa tendencia integradora se observa en algunas organizaciones internacionales que entre sus fines asumen la protección de los derechos humanos de las personas. Así, en el seno de la Organización de Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos y el Consejo de Europa, se siguen políticas tendientes a consolidar institucionalmente la transversalidad de género en diversas materias, tanto en una dimensión interna como externa¹⁵.

Lógicamente, también los sistemas internacionales creados bajo la órbita de esas organizaciones para proteger los derechos humanos, han hecho esfuerzos por incorporar esa perspectiva a su labor. Esto se observa principalmente en el trabajo específico en materia de derechos humanos de las mujeres: la existencia de una Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas Sobre la Violencia contra la Mujer, con inclusión de sus Causas y sus Consecuencias; la Relatoría sobre la Condición de la Mujer en las Américas, en el seno de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); y la Relatora

15 Por ejemplo: OEA/AG/RES. 1422 (XXVI-O/96), "Cooperación dentro del sistema interamericano para asegurar la participación plena e igualitaria de la mujer en el proyecto de desarrollo", resolución aprobada en la octava sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 1996.

Especial sobre los Derechos de la Mujer en la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos¹⁶.

1.3 Para recordar

El origen de los derechos fundamentales está en el deseo de garantizar la igualdad entre las personas, como la concreción más clara de la idea de la dignidad común del género humano. El derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación, constituyen los principios que sustentan todos los derechos humanos.

La comunidad internacional ha reconocido que en materia de derechos de las mujeres, aún se presentan importantes discriminaciones expresas o implícitas, por acción o por omisión. Por ello era necesario que este proceso de formación continua sobre derechos humanos de las mujeres, haya apuntado fundamentalmente a la generación de jurisprudencia con perspectiva de género en el Sistema Interamericano, en la creencia de que la presentación de casos e informes con esa dimensión, coadyuvará a sensibilizar y aumentar la especialización de los propios sistemas de protección en la atención y soluciones que brindan a las mujeres víctimas de violaciones específicas a sus derechos humanos.

- **Género es una creación social que frecuentemente se contrasta con el término "sexo", que se refiere, más bien, a las diferencias biológicas entre hombres y mujeres. El género se refiere a las diferencias**

¹⁶ El 8 de marzo de 2002, las tres relatoras firmaron un comunicado conjunto reafirmando su compromiso de hacer realidad los derechos de las mujeres y de coordinar sus actividades en vistas a lograr una mayor eficacia de su trabajo. Texto completo en línea en sección especializada DerechosMujer de página web IIDH www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer

creadas entre unos y otras por la sociedad, así como a las percepciones construidas en los ámbitos cultural y social sobre esas diferencias.

- Perspectiva de género es el enfoque o contenido conceptual que le damos al género para analizar la realidad, evaluar las políticas, la legislación y el ejercicio de derechos; diseñar estrategias y valorar acciones, entre otros.
- El género y la perspectiva de género informan, de manera progresiva y creciente, la protección nacional e internacional de los derechos humanos. Esto se materializa en numerosos instrumentos.
- El género no es un tema separado, es un enfoque que enriquece el diagnóstico de una situación, visualiza inequidades entre hombres y mujeres y abre caminos para su superación.
- El derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación, constituyen los principios que sustentan todos los derechos humanos. Sin embargo, en materia de derechos de las mujeres, aún se presentan importantes discriminaciones expresas o implícitas, por acción o por omisión.

2. El porqué de una protección específica a los derechos de las mujeres

Los derechos humanos son atributos de la persona humana por el mero hecho de serlo. A partir de ahí no habría por qué diferenciar entre los derechos de mujeres y de hombres. Sin embargo, es la especificidad de las violaciones de derechos humanos que sufren las mujeres –en función de su género, de los roles y estereotipos que la sociedad históricamente les ha atribuido– la que marca la necesidad de conferir un carácter también específico al reconocimiento y sobre todo, a la protección de sus derechos. La tendencia a

la especificación de los derechos humanos, en función de sus titulares y sus diferentes necesidades de protección, está consolidada en todos los sistemas¹⁷. En el caso concreto de las mujeres, fenómenos mundiales como la discriminación y la violencia que sufren, han requerido de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos que las identifiquen y amparen con más precisión.

Como afirma Medina, "... en la lucha por mejorar la situación de cualquier sector de la sociedad, que haya sido postergado en términos de derechos humanos, es legítimo y útil crear nuevas formulaciones para los derechos humanos existentes y adelantar acciones tendientes a combatir violaciones específicas a los derechos humanos, aun si estas pueden ser subsumidas por las normas generales. De esta forma, las mujeres podrán adquirir instrumentos útiles para lograr la finalidad que persiguen, especialmente la no discriminación en cuanto al goce de sus derechos. Por lo tanto, en este momento de la historia, se percibe la necesidad de un derecho internacional de derechos humanos más fuerte, especialmente para las mujeres, y es una necesidad sentida que las mujeres deben lograr este objetivo"¹⁸.

Para una defensa activa y eficaz de los derechos humanos de las mujeres, hay que prestar mucha atención a la especificidad de las violaciones que sufren y utilizar con esa mentalidad, las herramientas jurídicas disponibles. Esto se enfatizó especialmente durante todo el proceso pedagógico.

17 También puede hablarse de una especificación temática, por ejemplo la que se da en relación con la pena de muerte o con la tortura.

18 MEDINA, Cecilia, "Hacia una manera más efectiva de garantizar que las mujeres gocen de sus derechos humanos en el sistema interamericano", en: PROFAMILIA, "Derechos humanos de la mujer. Perspectivas nacionales e internacionales", COOK, Rebeca, editora. Colombia, 1997.

2.1. Los principios de no discriminación e igualdad

Como se señaló anteriormente, el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación constituyen los principios que sustentan todos los derechos humanos. Desde las primeras declaraciones sobre derechos humanos, en el desarrollo histórico y progresivo de la doctrina y en las constituciones modernas, el deseo de igualdad y la prohibición de la discriminación son las dos piedras angulares de los sistemas de derecho y de la cultura de la legalidad. Los más importantes instrumentos internacionales de derechos humanos contienen cláusulas de no discriminación en relación a los derechos en ellos reconocidos.

El término **discriminación** tiene su origen en la palabra latina *discriminatio*, cuyo significado es distinción, separación. La violación del derecho a la no discriminación, es la base de la vulneración de muchos otros.

Las conductas discriminatorias se sustentan en valoraciones negativas hacia determinados grupos o personas. Dicho de otro modo, la discriminación se basa en la existencia de una percepción social que tiene como característica el desprestigio considerable de una persona o grupos de personas, ante los ojos de otras. Estas percepciones negativas tienen consecuencias en el tratamiento hacia esas personas, en el modo de ver el mundo y de vivir las relaciones sociales en su conjunto. Todo ello influye en las oportunidades de las personas y por consiguiente, en el ejercicio de sus derechos y en la realización de sus capacidades. Es decir, la discriminación tiene un impacto en el ordenamiento y en las modalidades de funcionamiento de cada sociedad en particular¹⁹.

Es importante señalar que en toda discriminación está presente la idea de superioridad-inferioridad. Aunque las

19 TORRES, Isabel, "Respecto de la aplicación...". opus cit.

formas de discriminación hayan variado a lo largo del tiempo y de los contextos históricos, sus bases se mantienen y se reproducen en nuevas actitudes²⁰.

En cuanto al principio de **igualdad**, hay que señalar que la igualdad no se define a partir de un criterio de semejanza, sino de justicia: se otorga el mismo valor a personas diversas, integrantes de una sociedad. La igualdad es importante justamente entre diferentes, ya que se trata de una convención social, de un pacto, según el cual se reconoce como iguales a quienes pertenecen a distintos sexos, razas, etnias, clases sociales, etc. El principio de igualdad está estrechamente relacionado con el ejercicio de la tolerancia: el reconocimiento del otro o de la otra como igual, es decir, que siendo distinto o distinta a mí, tiene los mismos derechos y responsabilidades.

En ese enfoque interesa destacar que “la reivindicación de la igualdad como principio normativo y como derecho, se sustenta en el principio ético de la justicia: no es justa la convivencia en la desigualdad y tampoco la competencia en la desigualdad”²¹. En el marco de los derechos de las mujeres, hablar de igualdad no significa identidad con los hombres; significa tener las mismas oportunidades, ser reconocidas y tratadas como iguales, pues cada persona vale igual que cualquier otra persona.

Otro principio fundamental y complementario es el de **equidad**. Este nos remite a la diversidad y al reconocimiento de las desigualdades, de la inequidad en las posibilidades de los seres humanos de acceder a las oportunidades para mejorar sus vidas. El principio de equidad parte de identificar

20 CDE, “Discriminaciones y medidas antidiscriminatorias”, artículo de BAREIRO, Line: “Discriminación-es”. Paraguay, 2003.

21 TORRES, Isabel, “La aplicación de la cuota mínima de participación de las mujeres ¿Ficción o realidad?, Un diagnóstico para Costa Rica”. Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano, Costa Rica, 2001.

las diferentes formas de participar en el ámbito social, evidenciando las desigualdades²².

Las situaciones discriminatorias que enfrenta la mayoría de las mujeres en el mundo, han puesto de manifiesto las limitaciones que afectan el goce y ejercicio pleno de sus derechos humanos y que les impide mejorar las condiciones en que viven.

Los primeros instrumentos específicos de derechos humanos destinados a las mujeres, fueron adoptados a mediados del siglo pasado y giraron en torno a la nacionalidad y al reconocimiento de derechos civiles y políticos. Posteriormente, los sistemas internacionales de derechos humanos han identificado en la discriminación y la violencia, los dos ejes temáticos principales para desarrollar una protección específica hacia las mujeres.

Es por ello que finalmente, en 1979, la Organización de Naciones Unidas adopta la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) y en 1993, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer²³, que deja puestas las bases para la futura adopción de una convención en la materia de carácter universal. Por su parte, el Sistema Interamericano adopta en 1994, la Convención para la Prevención, Erradicación y Sanción de la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)²⁴. Sobre ambos instrumentos se ampliará posteriormente.

22 TORRES, Isabel, "La aplicación de la cuota mínima...", opus cit.

23 Promulgada en el mes de diciembre de 1993 (Resolución 48/104 de la Asamblea General de Naciones Unidas).

24 Cabe mencionar que también en el sistema africano existe un proyecto de "Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de la Mujer en África". AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS: "Drafting Process of the Draft Protocol on the Rights Women in Africa", DOC/OS (XXVII)/ 159b, African Commission on Human and Peoples' Rights, 27th Ordinary Session, 27 April-11 May 2000, Algiers (Algeria).

El concepto de discriminación hacia las mujeres ha ido asentándose progresiva y revolucionariamente en el seno de la protección internacional. Como veremos, la adopción de la Convención CEDAW marca un hito universal en este sentido, toda vez que supone el reconocimiento, en un instrumento internacional y vinculante para los Estados Parte, de una ampliación del concepto de derechos de las mujeres. Ello en el sentido de que contempla tanto las violaciones de derechos que sufren en el ámbito público, como en el privado; es decir, tanto en esferas institucionales como en el de las relaciones domésticas o familiares. Hay que recordar que el espacio privado quedaba fuera de la protección tradicional o clásica de los derechos humanos, siendo en el mismo donde se producen un ingente número de violaciones de los derechos de las mujeres ante la pasividad estatal. En el sistema regional americano, esa misma ampliación conceptual se consagra en la Convención de Belém do Pará, en relación con la violencia contra las mujeres.

Convención CEDAW 1979 "... la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera" (artículo 1).

Convención de Belém Do Pará 1994 “... debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito de lo público como en el privado” (artículo 1).

“El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación...” (artículo 6).

Por otra parte, tanto el Comité de Derechos Humanos de la ONU, como el Comité CEDAW (ambos mecanismos de supervisión de convenciones), han emitido resoluciones que constituyen precedentes importantes para medir el grado de cumplimiento de los Estados en materia de no discriminación hacia las mujeres, que además pueden ser utilizados en argumentaciones sobre violaciones de sus derechos. Una revisión no exhaustiva de las resoluciones más recientes, permite mencionar las siguientes²⁵:

- Observación General N° 18 del Comité de Derechos Humanos sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativa a la no discriminación (1989). El Comité señala: “La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación, constituye el principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos, [que] establece la obligación de cada Estado Parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio (...) los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna de raza,

²⁵ Textos completos disponibles en la sección especializada DerechosMujer de la página web IIDH www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer

color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole; origen nacional o social; posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

- Observación General N° 28 del Comité de Derechos Humanos sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (marzo 2000), con el objetivo de considerar los importantes efectos del artículo 3 del Pacto en cuanto al goce por parte de la mujer de los derechos ahí amparados. El artículo 3 explicita que todos los seres humanos deben disfrutar en pie de igualdad e íntegramente todos los derechos previstos en el Pacto.

Indica el Comité “... que esta disposición no puede surtir plenamente sus efectos cuando se niega a alguien el pleno disfrute de cualquier derecho del Pacto en pie de igualdad. En consecuencia, los Estados deben garantizar a hombres y mujeres por igual el disfrute de todos los derechos previstos en el Pacto”.

El Comité señala que los Estados deben adoptar medidas para eliminar los obstáculos que se interponen en el goce de esos derechos en condiciones de igualdad; dar instrucción a la población y a los funcionarios del Estado en materia de derechos humanos y ajustar la legislación interna según las obligaciones adquiridas. También recomiendan a los Estados adoptar todas las medidas necesarias, “incluida la prohibición de la discriminación por razones de sexo, para poner término a los actos discriminatorios que obstaculicen el pleno disfrute de los derechos, tanto en el sector público como en el privado”.

- Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2003/45 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. En esta resolución se reafirma que la discriminación sexista es contraria a la Carta de las Naciones Unidas, a la Declaración Universal de Derechos Humanos, a la Convención CEDAW y a otros instrumentos internacio-

nales de derechos humanos; y que su eliminación es parte integrante de los esfuerzos por eliminar la violencia contra la mujer. También recuerdan a los gobiernos las obligaciones que les impone la Convención CEDAW, pues "... el problema reside en garantizar el respeto y cumplimiento efectivo de las leyes y normas existentes".

- **Recomendación General N° 19 del Comité CEDAW sobre la violencia contra la mujer (abril 2001).** La discriminación y la violencia contra las mujeres son dos caras de una misma moneda, así lo pone de manifiesto el Comité al establecer que: "La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre".

Para el Comité, la definición de discriminación del artículo 1 de la Convención CEDAW, "incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones de la Convención, sin tener en cuenta si hablan expresamente de violencia".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha referido a la igualdad y no discriminación en razón del sexo, en una de sus opiniones consultivas:

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

considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.”²⁶

2.2 La identificación y prueba de discriminación

El derecho a la igualdad y a la no discriminación están reconocidos en los instrumentos normativos generales y específicos sobre derechos humanos. Pero, como sostuvo Medina²⁷, el tipo de igualdad reconocida en los instrumentos generales sobre derechos humanos, tiene un fuerte contenido androcéntrico²⁸. Es decir, fue pensada para equiparar a la mujer con el hombre, tomando a este como el parámetro genérico a igualar y sin grandes planteamientos acerca de que la igualdad para las mujeres no significa semejanza con los hombres. Es por ello necesario ofrecer nuevas lecturas al derecho de igualdad en nuestras jurisdicciones y en las instancias internacionales, tratando de que se interprete desde la diversidad y con el debido respeto a las diferencias. De ahí la relevancia de insistir en la utilidad del principio de no

26 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, párr.57.

27 MEDINA, Cecilia, jurista chilena, ex Presidenta del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y actual jueza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fue una de las docentes principales del proceso pedagógico.

28 Se entiende por androcentrismo, la organización del mundo, sus estructuras económicas y socioculturales, a partir de la imagen del hombre: una percepción del mundo con base en el patrón masculino, donde el hombre ha sido considerado como parámetro y único protagonista de la historia y el desarrollo.

discriminación, que informa todos los derechos humanos, en la defensa de los derechos de las mujeres.

Con esa base, el proceso formativo buscó que las participantes aprendieran a identificar y probar casos concretos de discriminación contra las mujeres. Como también explicara Medina, una situación determinada de discriminación va a implicar siempre una diferenciación de situaciones iguales o una igualación de situaciones diferentes. Cuando se identifica ese aspecto, el segundo elemento que debe demostrarse es que esta diferenciación no tenga una base objetiva y razonable.

Los órganos internacionales de derechos humanos marcan los estándares que deben tomarse en cuenta a la hora de presentar casos sobre discriminación contra las mujeres; es imprescindible conocerlos para emprender con éxito acciones jurídicas internacionales. Seguidamente se destacarán algunos de esos estándares: comparabilidad, razonabilidad y objetividad de la diferenciación.

En su análisis sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa para promover la participación política de las mujeres y los principios de igualdad y no discriminación, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sostuvo lo siguiente: “Para identificar un trato discriminatorio, es necesario comprobar una diferencia en el trato entre personas que se encuentran en situaciones suficientemente análogas o comparables”; y “la adopción de medidas de acción afirmativa... están en pleno cumplimiento del principio de no discriminación y de las disposiciones aplicables de la ley de derechos humanos... y pueden ser requeridas para lograr la igualdad sustantiva de oportunidades”²⁹. El factor **comparabilidad** es un punto de partida

29 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación”, en Informe Anual de la CIDH, 1999. Capítulo 6. www.cidh.org/annualrep/99span/capitulo6a.htm

necesario para comprobar la existencia de discriminación.

Los otros aspectos a determinar son la **razonabilidad y objetividad de la diferenciación**. Como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “Una distinción es discriminatoria si carece de una ‘justificación objetiva y razonable’, es decir, ‘si no persigue un objetivo legítimo’ o si no existe ‘una relación de proporcionalidad razonable entre los medios utilizados y los objetivos a realizar’.”³⁰

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha hecho suyo ese razonamiento y, *a sensu contrario*, dispuso en su cuarta opinión consultiva, que no estamos ante un caso de discriminación cuando:

“...una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos o de hechos sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”³¹.

30 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Marckx vs. Bélgica”, sentencia de 13 de junio de 1979, párr. 33.

31 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, opus cit., párr. 55.

El Estado tendrá pues, que probar que la desigualdad de trato sea objetiva, razonable, busque un legítimo objetivo y guarde proporcionalidad entre medios y fines, para no ver comprometida su responsabilidad internacional.

Es importante aclarar, según la Observación General N° 18 del Comité de Derechos Humanos, que el principio de no discriminación se exceptúa ante la necesidad de establecer acciones afirmativas: “El principio de igualdad exige algunas veces a los Estados Parte adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto..., el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación... en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho”.

También el Comité CEDAW se refiere al respecto en su Recomendación General N° 25 (enero 2004), sobre el artículo 4, inciso 1 de la Convención CEDAW, que trata sobre las medidas especiales temporales. El Comité aclara que las “medidas especiales temporales” deben entenderse en el marco del objetivo general de la Convención, que es eliminar toda forma de discriminación contra la mujer para la lograr la igualdad jurídica y de hecho entre el hombre y la mujer, en el goce y disfrute de sus derechos humanos.

El Comité distingue tres dimensiones de la obligación de los Estados respecto al artículo en análisis:

- Impedir que exista discriminación directa contra la mujer en la legislación nacional y asegurar que las mujeres estén protegidas contra las discriminaciones que pudiesen ser cometidas por autoridades públicas, sistema judicial, organizaciones, empresas o individuos en la vida pública o en el ámbito de la vida privada;
- Mejorar la posición de hecho de la mujer adoptando políticas y programas efectivos y concretos; y
- Combatir los prejuicios persistentes y los estereotipos de género contra la mujer.

Mucho se discutió con las abogadas participantes en torno a la frecuente dificultad probatoria de los casos de discriminación contra las mujeres, así como de la necesidad de acudir con frecuencia a la prueba indiciaria. Como se dijo, con el respaldo de la mayor cantidad de evidencias para sostener esa tesis, lo más importante es que se consiga establecer y razonar el nexo causal entre la práctica, ley o conducta discriminatoria y el resultado de la misma, como violatorio de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado.

Es decir, no sirve “dar por hecho” que estamos ante un caso de discriminación; hay que fundamentarlo con arreglo a los estándares internacionales y con toda la carga probatoria que pueda acompañarse. Por ejemplo, se señaló durante el proceso formativo que cuando estamos ante situaciones generalizadas o sistemáticas de violación de derechos, es importante ponerlo de relieve e intentar documentarlo para así fortalecer el caso concreto³².

También hay que estar alerta y aprender a relacionar la discriminación que sufren las mujeres por el hecho de serlo, con otros motivos de discriminación que les afecten. Porque, como ha afirmado el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 28: “La discriminación contra la mujer suele estar íntimamente vinculada con la discriminación por otros motivos como la raza, el color, el idioma,

32 Por ejemplo, en el caso de MZ vs. Perú, las peticionarias argumentaron que CLADEM “logró documentar 243 casos sobre violaciones de derechos humanos en la aplicación de la anticoncepción quirúrgica en Perú”, a fin de probar la esterilización como “política gubernamental de carácter masivo, compulsivo y sistemático” y encuadrar el caso en ese contexto. Caso 12.191; Informe n° 66/00 de la CIDH, párr. 3. Información de este y otros casos se encuentra en la sección especializada DerechosMujer de la página web IIDH www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer; y también en www.cejil.org/carpetas.cfm?id=7

la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, nacimiento, o cualquier otra condición social”³³.

Es importante señalar que durante el proceso formativo se puso de manifiesto en numerosas ocasiones, que la incorporación de una perspectiva de género en el ámbito de trabajo de los sistemas y órganos internacionales de derechos humanos todavía está por construir. El movimiento de mujeres es quien mejor puede ayudar a lograrlo, a partir un uso activo y experto de tales sistemas.

2.3 Para recordar

- La especificidad de la protección internacional de los derechos humanos de las mujeres surge como respuesta a la especificidad de las violaciones de derechos que estas experimentan.
- La discriminación y la violencia son los dos grandes ejes temáticos en torno a los cuales se desarrolla la protección internacional de los derechos humanos de las mujeres.
- “La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre” (Comité CEDAW, Recomendación General 19).
- El reconocimiento del derecho a la igualdad y a la no discriminación es una nota común a los

33 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Observación General n° 28. Artículo 3 (Igualdad de derechos entre hombres y mujeres)”, adoptada en el 68° período de sesiones (2000).

instrumentos normativos generales y específicos sobre derechos humanos.

- Para identificar un trato discriminatorio, es necesario comprobar una diferencia en el trato entre personas que se encuentran en situaciones suficientemente análogas o comparables (CIDH).
- Una situación determinada de discriminación va a implicar siempre una diferenciación de situaciones iguales o una igualación de situaciones diferentes. Cuando se identifica ese aspecto, el segundo elemento que debe demostrarse es que esta diferenciación no tenga una base objetiva y razonable.
- Los órganos internacionales de derechos humanos marcan los estándares que deben tomarse en cuenta a la hora de presentar casos sobre discriminación contra las mujeres; es imprescindible conocerlos para emprender con éxito acciones jurídicas.

3. La protección internacional de los derechos humanos: una herramienta al servicio de las mujeres

3.1 La complementariedad entre la protección nacional y la internacional³⁴

Antes de iniciar este tema, es importante recordar que cuando los Estados ratifican tratados o convenciones internacionales en materia de derechos humanos, adquieren las obligaciones de respetar y de garantizar, en el ámbito nacional, los compromisos adquiridos³⁵:

- La obligación de **respetar** se caracteriza por la abstención del Estado de intervenir o turbar el disfrute de los derechos. Implica la existencia de límites en el ejercicio del poder estatal, siendo estos límites los derechos humanos; los Estados no pueden violar (directa o indirectamente) esos atributos inherentes a la persona humana. El respeto conlleva la protección, pues obliga al Estado a impedir que terceros obstaculicen u obstruyan el disfrute de derechos de una persona o grupo de personas.
- La obligación de **garantizar** consiste en facilitar el acceso al disfrute del derecho, en adoptar las medidas

34 La protección internacional de los derechos humanos se desarrolla en el seno de organizaciones internacionales de tipo universal (Naciones Unidas) y regional (Organización de Estados Americanos, Consejo de Europa, Organización de la Unidad Africana, Liga de Estados Árabes, Comunidad de Estados Independientes). En la actualidad, solo la región Asia-Pacífico no cuenta aún con un sistema de protección de derechos humanos propio, aunque desde hace un tiempo se intenta su creación.

35 COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, "Protección de los derechos humanos de la mujer. Estándares internacionales", Perú, 2000.

necesarias y desarrollar condiciones (promoción) que permitan a todas las personas el goce pleno y efectivo de los derechos humanos. El Comité de Derechos Humanos de la ONU en su Observación General N° 28, ha señalado que la obligación de garantizar también comprende las obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar los daños producidos en perjuicio de las personas.

En otras palabras, los Estados asumen la obligación jurídica de asegurar que sus leyes, políticas y prácticas nacionales estén en armonía con los derechos humanos. Y es deber de los Estados no solo no infringir directamente los derechos, sino también asegurar las condiciones que permitan su respeto, protección, goce y ejercicio. El reconocimiento de los derechos humanos constituye la base fundamental para el desarrollo de la sociedad y la vigencia de un Estado democrático de derecho.

La necesaria interacción entre las jurisdicciones nacionales y los sistemas internacionales para la protección de derechos humanos, fue muy reiterada durante el proceso formativo. Si la jurisdicción nacional funciona eficazmente en el momento de garantizar los derechos humanos de las personas, no va a ser necesario que la vía internacional se utilice, pues esta es subsidiaria de la interna. El constitucionalismo latinoamericano contemporáneo presenta además, una positiva tendencia a incorporar, en el ámbito jurídico interno, los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales. Esto también abre puertas para la exigencia directa de tales derechos ante las jurisdicciones de nuestros países. Se aconseja entonces el máximo empleo de los recursos que ofrecen las jurisdicciones internas.

Como afirma Cançado Trindade: “La regla de los recursos internos da testimonio de la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en el presente contexto de la protección; los recursos internos forman parte integral de la propia protección internacional de los derechos

humanos...”³⁶. En ese espíritu, las abogadas participantes recibieron un entrenamiento especializado para la utilización de las vías internacionales de protección de los derechos humanos, pero con gran insistencia sobre lo indispensable que es utilizar primero los recursos internos a su alcance para proteger eficazmente a sus representadas.

Analizaremos seguidamente el enunciado de la regla de agotamiento de recursos internos y los estándares internacionales en esa materia.

3.2 La subsidiariedad de la protección internacional de los derechos humanos: el previo agotamiento de los recursos internos

Con carácter general, los procedimientos creados por los diferentes sistemas de protección internacional de derechos humanos para la tramitación de casos individuales, prevén una serie de condiciones de admisibilidad, que son examinadas y han de cumplirse para que el órgano pueda estatuir sobre el fondo de las reclamaciones que reciben. Esto es, cuando una queja individual llega a la Secretaría del órgano de que se trate (por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Humanos), lo primero que ese órgano examina es si la petición resulta admisible; es decir, si cumple con todas las condiciones o requisitos necesarios para que la misma sea analizada por el sistema en cuestión.

36 CANÇADO TRINDADE, Antonio, “La regla del agotamiento de los recursos internos revisitada: logros jurisprudenciales recientes en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos”, en “Carpeta de materiales para las participantes del II Curso-Taller sobre derechos humanos de las mujeres”, recopilación de IIDH y CEJIL, 2000. La versión original en portugués de ese artículo puede encontrarse en “Liberamícorum Fix Zamudio, Volumen I”, pp. 15 a 44; Editorial Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, OEA, UE. Costa Rica, 1998.

Esos requisitos, establecidos en los instrumentos normativos internacionales que aplican los órganos de protección y con sus particularidades de interpretación, coinciden en todos los sistemas. Puede hablarse de dos tipos de **condiciones de admisibilidad**: formales y materiales.

- **Formales:** Se refieren al modo de presentación de la queja. Normalmente se exige la forma escrita. Debe contener como mínimo los siguientes datos: hechos, cumplimiento de las condiciones sustanciales de admisibilidad, derechos que se consideran violados; y la identificación de las partes, esto es, peticionarios, víctimas, sus representantes y el Estado a quien se imputan los hechos que dan lugar a la queja³⁷.
- **Materiales:** Los requisitos de naturaleza sustancial son los referidos a la necesidad de acudir al sistema en tiempo oportuno; que el caso no haya sido ya resuelto por el sistema (*non bis in idem*) o penda ante otra instancia internacional; que la petición no carezca de fundamento; y la exigencia de agotamiento previo de los recursos que la jurisdicción interna ofrezca al peticionario.

A continuación desarrollaremos la condición material de admisibilidad, dada su importancia y por haber recibido una especial atención en el desarrollo del proceso formativo.

3.3 El porqué de agotar los recursos internos antes de acudir a la vía internacional

Es una regla del Derecho Internacional general, que antes de acudir a una instancia internacional, han de agotarse los recursos que ofrece la jurisdicción interna del Estado contra

³⁷ La mayoría de sistemas ofrecen a las personas usuarias “formularios tipo” para redactar las peticiones. En el caso del Sistema Interamericano, pueden encontrarse a través de la página web: www.cidh.org

el que se pretende dirigir una queja. Las jurisdicciones nacionales son las primeras llamadas a reparar las violaciones de derechos humanos que comprometen la responsabilidad del Estado, por lo que las vías internacionales de protección son subsidiarias de las nacionales a la hora de tutelar debidamente los derechos fundamentales de sus habitantes. La necesidad de acudir previamente a la jurisdicción nacional se conoce como “regla de agotamiento de recursos internos” y es, con pocas excepciones³⁸, una condición de admisibilidad de quejas individuales en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

Hay que tener presente entonces, que entre las herramientas legales a disposición de las mujeres para defender sus derechos, las primeras que hay que utilizar son las disponibles en el país. Como reiteradamente ha sostenido la CIDH, el Sistema Interamericano tiene el carácter de “coadyuvante o complementario” de los sistemas nacionales. **La regla de agotamiento de los recursos internos** “permite a los Estados solucionar previamente las cuestiones planteadas dentro del marco jurídico propio antes de verse enfrentados a un proceso internacional”³⁹.

Ahora bien, a esa obligación de la parte peticionaria de agotar los recursos de su jurisdicción nacional antes de acudir a la instancia internacional, se corresponde el deber del Estado

38 Únicamente en algunos de los procedimientos y mecanismos extraconvencionales de Naciones Unidas, esta regla no es operativa y se puede acudir a ellos sin necesidad de agotar los recursos internos. Concretamente ocurre en el procedimiento de “acción urgente” en virtud de los mecanismos que no derivan de convenciones, utilizado por mecanismos temáticos como el Relator Especial encargado de la cuestión de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias; o el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, entre otros.

39 Esto es reiteradamente señalado por la CIDH. Por ejemplo, CIDH, Informe N°118/01; Caso 12.230; Zoilamérica Narváez Murillo vs. Nicaragua; de 15 de octubre de 2001, p. 23. Información de este y otros casos se encuentra en la sección especializada DerechosMujer de la página web IIDH www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer.

de proveer tales recursos⁴⁰. De ahí que se haya dicho que “el agotamiento de recursos internos también puede percibirse como un beneficio del individuo, en cuanto un más eficiente funcionamiento del sistema jurídico del Estado... y no como una medida dilatoria o un mero privilegio a disposición del Estado”⁴¹.

3.4 Estándares internacionales sobre la regla de agotamiento de los recursos internos

Además de conocer el enunciado de la regla, es necesario que las personas o entidades que pretendan dirigir peticiones individuales a los órganos internacionales de protección, tengan muy presente el alcance y calidad que caracterizan a los recursos internos desde el marco normativo internacional de los derechos humanos; esto es, qué recursos exige agotar cada sistema para que una petición sea admitida.

Lo primero que se debe tener presente es que los recursos a agotar son los de la jurisdicción interna, que como aclara Faúndez, son aquellos “cuyo conocimiento corresponde a una autoridad judicial, de acuerdo con un procedimiento pre-establecido y cuyas decisiones poseen fuerza ejecutoria”⁴².

En líneas generales, la práctica jurisprudencial de los órganos internacionales de protección, ha girado principalmente en torno al criterio de eficacia en cuanto a los recursos internos que deben ser agotados. En el sistema interamericano, la obligación de la parte peticionaria de agotar recursos internos pasa concretamente por la determinación de que el recurso en cuestión exista, sea adecuado y resulte

40 CANÇADO TRINDADE, Antonio: “O esgotamento de recursos internos no direito internacional”; Edit. UnB, 2ª edición, Brasília, 1997, p. 124.

41 IIDH. “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales”, FAÚNDEZ, Héctor. 1999, p.229.

42 *Ibíd.*, p.199.

efectivo. Como la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene establecido:

“Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable”⁴³.

La Corte también sostiene que para considerar que un recurso es eficaz, el mismo ha de tener la capacidad de “producir el resultado para el que ha sido concebido”. Señala además, que un recurso puede convertirse en inefectivo “si se le subordina a exigencias procesales que lo hagan inaplicable, si de hecho, carece de virtualidad para obligar a las autoridades, resulta peligroso para los interesados o no se aplica imparcialmente”⁴⁴.

Siguiendo los criterios fijados por la doctrina y jurisprudencia internacional, habrá de evitarse el agotamiento de recursos innecesarios, como las meras gestiones administrativas o los recursos judiciales extraordinarios que no sean aptos para remediar la pretendida infracción. De hacerlo, podemos poner en riesgo la posibilidad de acudir a la vía internacional; por ejemplo, dejando que transcurra el

43 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del caso Velásquez Rodríguez, de 29 de julio de 1988, párr. 64; sentencia del caso Godínez Cruz, de 20 de enero de 1989, párr. 67; y sentencia del caso Fairén Garbí y Solís Corrales, cit., párr. 88.

44 Afirmaciones comunes a párrafos contenidos en las sentencias antes citadas.

plazo de seis meses que en el Sistema Interamericano se establece como regla general⁴⁵.

En el Sistema Interamericano, el artículo 46.1.a de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también conocida como Pacto de San José⁴⁶), establece que para que una comunicación sea admitida por la Comisión se deberán haber “interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”. Dicho artículo prevé en su segundo párrafo excepciones al agotamiento; son aquellos casos en los que se den las siguientes condiciones:

- a) no exista en la legislación interna del Estado en cuestión el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;
- b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; y
- c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos”.

El artículo 31 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es concordante con esas disposiciones. Contempla además en su párrafo 3, la inversión de la carga de la prueba del agotamiento de los recursos internos, correspondiéndole al Estado demostrar que los mismos no se han agotado, cuando el peticionario alega la imposibilidad de comprobar el

45 Seis meses o un período de tiempo razonable a criterio de la CIDH; ver artículo 46.1.b) de la Convención Americana y artículo 32 del Reglamento de la CIDH.

46 Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José (Costa Rica), el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor el 18 de julio de 1978 (25 ratificaciones).

cumplimiento del requisito⁴⁷. Esto ha dado lugar en muchos casos, a la consideración de que cuando el Estado no objeta nada acerca del agotamiento de recursos internos, la Comisión en su informe de admisibilidad considere que existe una renuncia tácita de su parte al derecho de cuestionar la admisibilidad del caso sobre esa base⁴⁸.

Excepciones a la regla de agotamiento interno de los recursos, han sido contempladas en la jurisprudencia constante de los diferentes órganos internacionales de protección⁴⁹. Ello indica que la regla del agotamiento también se caracteriza por la flexibilidad en su aplicación, que busca “revertir la balanza a favor de la parte ostensivamente más débil, las supuestas víctimas, y buscar un mayor equilibrio procesal entre las partes, para lograr soluciones más equitativas y justas a los casos de derechos humanos”⁵⁰.

3.5 Algunas herramientas prácticas para la presentación de casos sobre derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano

Existen alrededor de 18 casos en el Sistema Interamericano, relacionados con discriminación hacia las mujeres, algunos ya resueltos y otros en proceso. A continuación se hará referencia a dos casos sobre derechos de las mujeres, no necesariamente aquellos que llegaron al Sistema

47 Artículo 31.3 del Reglamento de la CIDH, en las reformas adoptadas en el 109º período extraordinario de la Comisión celebrado en diciembre de 2000; entró en vigor en mayo de 2001.

48 La Comisión lo dispuso así respecto de Colombia, en el caso de Marta Lucía Álvarez Garrido.

49 Por ejemplo, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Akdivar vs. Turquía”, sentencia de 16 de septiembre de 1996, párr. 69.

50 CANÇADO TRINDADE, Antonio. “La regla del agotamiento de los recursos internos revisitada...”, opus. cit., p. 10.

Interamericano como producto del proceso educativo, pues sobre ellos se hará amplia referencia en el capítulo siguiente. Los asuntos reflejan diversos cuadros de situación comunes a muchas mujeres en Latinoamérica y el Caribe, que dejan abiertas las puertas para que otros similares lleguen al Sistema, con la ventaja de que sus órganos de protección ya habrán reflexionado sobre las problemáticas específicas planteadas. Estos casos han permitido que el Sistema Interamericano vaya generando jurisprudencia género-sensitiva.

Es importante mencionar que la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos de las mujeres, aún está por alcanzar la instancia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en su historia contenciosa no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre casos específicos de cuestiones relativas a violencia o discriminación en razón del género. Sin embargo, como ya fue señalado, en el marco de opiniones consultivas dicho órgano se ha referido al tema (OC-4/84).

3.5.1 Ejemplificación sobre agotamiento de los recursos internos

En este ítem se analizará rápidamente -a manera de ejemplo- la defensa que opuso el Estado en un caso en la fase de admisibilidad. Se pondrá especial atención a cómo se debatió, en la petición, la regla de agotamiento de los recursos internos que anteriormente se explicó. Cuando se cuente con el Informe Final de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se hará referencia a las conclusiones a que arribó dicho órgano.

Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia

El caso⁵¹ fue declarado admisible por la CIDH y continúa su trámite ante la misma. Acompañan como copeticionarias las siguiente organizaciones: Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL); International Human Rights Law Group; International Gay and Lesbian Human Rights Commission. Marta Lucía denuncia a Colombia por ingerencia en su vida privada y familiar, al resultarle denegado el derecho de visita íntima en la prisión donde se encuentra privada de libertad, en razón de su orientación sexual. El Estado no cuestionó la admisibilidad del caso, sino que hizo apreciaciones sobre la cuestión de fondo. Tal y como refiere el Informe de admisibilidad de la Comisión, la defensa del Estado se basó en los siguientes argumentos:

“En lo que se refiere a la cuestión de fondo, el Estado justificó su negativa a permitir la visita íntima por razones de seguridad, disciplina y moralidad en las instituciones penitenciarias.

Seguidamente, sin embargo, reconoció la legitimidad del reclamo presentado, basado en un informe del Ministerio de Justicia y Derecho donde se admite que la peticionaria está siendo tratada en forma inhumana y discriminatoria. Sin embargo, reiteró sus alegatos iniciales en cuanto a que la prohibición atiende a razones arraigadas en la cultura latinoamericana la cual, sostiene, sería poco tolerante respecto de las prácticas homosexuales.

51 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso 11.656, Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia”; Informe n° 71199, de 4 de mayo de 1999. Información de este y otros casos que aquí se mencionan, se encuentra en la sección especializada DerechosMujer de la página web IIDH www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer; y también en www.cejil.org/carpetas.cfm?id=7

El Estado también se ha referido a consideraciones de política penitenciaria y de índole personal. Señaló que, de aceptarse la solicitud de la peticionaria, ‘se estaría aplicando una excepción a la norma general que prohíbe tales prácticas [homosexuales] con lo cual se afectaría el régimen de disciplina interno de los centros carcelarios’. Se refirió también al supuesto ‘mal comportamiento’ de la interna quien habría participado de incidentes relativos al funcionamiento del Comité de Derechos Humanos del Centro Penitenciario”.

Al caracterizar los hechos, la CIDH consideró que “el reclamo de la peticionaria se refiere a hechos que podrían constituir *-inter alia-* violaciones al artículo 11(2) de la Convención Americana en cuanto hubiera injerencias abusivas o arbitrarias en su vida privada. En la fase sobre el fondo, la CIDH determinará en definitiva el ámbito del concepto de la vida privada y la protección que debe acordársele en el caso de las personas privadas de su libertad”.

En cuanto al agotamiento de los recursos internos, la Comisión entendió que los mismos fueron agotados por la peticionaria con la decisión de la Corte Constitucional de Colombia, que rechazó la revisión de la acción de tutela intentada.

En relación con el plazo de seis meses, la Comisión interpretó que el mismo se cuenta a partir de la notificación de la sentencia definitiva y dado que no habría existido notificación formal en este caso, el requisito debe darse por satisfecho. Además, sostuvo la CIDH que “a pesar de haber contado con sobradas oportunidades procesales para hacerlo el Estado en ningún momento ha objetado el cumplimiento con este requisito, lo cual equivale a una renuncia tácita del derecho a cuestionar la admisibilidad del caso sobre esta base. Consecuentemente, corresponde concluir que en el presente caso no resulta exigible el cumplimiento del plazo establecido en el artículo 46(1)(b)”.

3.5.2 Ejemplificación para presentar casos de discriminación contra las mujeres

En el año 2001, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) aplica la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (o Convención de Belem do Pará), por primera vez en la resolución de un caso individual. Se trata del caso *Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*⁵². Maria es una mujer brasileña violentada física y psíquicamente por su marido, quien en 1983 intentó matarla en dos ocasiones, dejándola parálitica a los 38 años. En 1998, la investigación judicial por los hechos aún no había concluido y ello provocó que María (acompañada como copeticionarios por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), y el Comité Latinoamericano y del Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres, (CLADEM) presentara el caso ante la Comisión.

A continuación se hará un análisis general del caso, tomando en cuenta los aspectos teórico-conceptuales descritos en ítemes anteriores⁵³. Mediante este caso, la CIDH sienta como precedente de jurisprudencia internacional, que la violencia doméstica es una violación de los derechos humanos. Por ende, este precedente es cita obligada para fundamentar presentaciones, internas e internacionales.

52 La CIDH emitió el Informe Final nº 54/01, Caso 12.051, 16 de abril de 2001.

53 El contenido de este apartado corresponde parcialmente a: IIDH, Curso autoformativo en línea "Uso del Sistema Interamericano para la protección de los derechos humanos de las mujeres", Módulo 3, Unidad 9. GARCÍA MUÑOZ, Soledad, autora. Disponible gratuitamente en la página web del IIDH www.iidh.ed.cr (Recursos para la investigación y enseñanza-Aula Virtual Interamericana).

Maria da Penha vs. Brasil

Consideraciones generales

El estándar normativo por excelencia viene dado por la Convención de Belém do Pará y su concepto de violencia contra la mujer, establecido en el artículo 1: "...debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito de lo público como en el privado".

Una vez identificado el caso en esa definición, se acude a los estándares jurisprudenciales internacionales en la materia. Ya se aludió a la Recomendación General N° 19 del Comité CEDAW, la cual marca el vínculo entre violencia y discriminación: "La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre".

Esta relación entre discriminación y violencia contra las mujeres, se encuentra también plasmada en el artículo 6 de la Convención de Belém do Pará: "El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a) el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación...". Por tanto, lejos de existir una frontera entre la discriminación y la violencia contra las mujeres, ambas problemáticas están relacionadas y deben ser combatidas conjuntamente.

Además de fundamentar el caso con base en los estándares internacionales de derechos humanos y documentarlo con la prueba específica del mismo, es muy importante también aportar información confiable acerca de la situación general de las mujeres en relación con la violencia (o discriminación) del país que se denuncia. Esa información servirá para ilustrar a la CIDH sobre el contexto general del caso puntual, así como si el caso responde a un patrón generalizado de violencia o discriminación contra las mujeres en dicho país. Esta información puede provenir de organismos públicos o privados, nacionales o internacionales (organismos

de gobierno, universidades, organismos no gubernamentales y otros).

Asimismo, cuando se presenta un caso, es importante explicar cómo la resolución del mismo por la CIDH, puede suponer un avance significativo para los derechos humanos en el país de que se trate, incluso más allá de la propia víctima. Sin duda, en el caso del derecho de las mujeres a no sufrir violencia o discriminación, todo precedente judicial interno o internacional va a suponer un gran paso adelante en la visibilidad del fenómeno y un valioso asidero para todas las mujeres que sufren malos tratos.

Sobre la denuncia y la posición de las partes

Este párrafo nos ofrece los principales datos sobre la denuncia formulada por las peticionarias:

“2. La denuncia alega la tolerancia por parte de la República Federativa de Brasil (en adelante “Brasil” o “el Estado”) de la violencia perpetrada en su domicilio en la ciudad de Fortaleza, Estado de Ceará, por Marco Antônio Heredia Viveiros en perjuicio de su entonces esposa Maria da Penha Maia Fernandes durante años de su convivencia matrimonial y que culminó en una tentativa de homicidio y nuevas agresiones en mayo y junio de 1983. Maria da Penha, como producto de esas agresiones, padece de paraplejia irreversible y otras dolencias desde el año 1983. Se denuncia la tolerancia estatal por no haber tomado por más de quince años medidas efectivas necesarias para procesar y penar al agresor, pese a las denuncias efectuadas. Se denuncia la violación de los artículos 1(1) (Obligación de Respetar los Derechos); 8 (Garantías Judiciales); 24 (Igualdad ante la Ley) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con los artículos II y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

Hombre (“la Declaración”), así como de los artículos 3, 4(a), (b), (c), (d), (e), (f) y (g); 5 y 7 de la Convención de Belém do Pará. La Comisión tramitó reglamentariamente la petición. Dado que el Estado no ofreciera comentarios a la misma, pese a los repetidos requerimientos de la Comisión, los peticionarios solicitaron se presuman verdaderos los hechos relatados en la petición aplicando el artículo 42 del Reglamento de la Comisión.”

Véase cómo a través de este caso individual, la CIDH estableció la existencia de un patrón discriminatorio en Brasil por la tolerancia estatal frente a la violencia contra las mujeres en el seno familiar:

“3. En este informe la Comisión analiza los requisitos de admisibilidad y considera que la petición es admisible de conformidad con los artículos 46(2)(c) y 47 de la Convención Americana, y 12 de la Convención de Belem do Pará. En cuanto al fondo de la cuestión denunciada, la Comisión concluye en este informe, redactado de acuerdo con el artículo 51 de la Convención, que el Estado violó en perjuicio de la señora Maria da Penha Maia Fernandes los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, garantizados por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con la obligación general de respetar y garantizar los derechos, prevista en el artículo 1(1) de dicho instrumento y en los artículos II y XVII de la Declaración, así como el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará. Concluye también que esta violación ocurre como parte de un patrón discriminatorio respecto a tolerancia de la violencia doméstica contra las mujeres en Brasil por ineficacia de la acción judicial. La Comisión recomienda al Estado que lleve a cabo una investigación seria, imparcial y exhaustiva para determinar la responsabilidad penal del autor del delito de tentativa de

homicidio en perjuicio de la señora Fernandes y para determinar si hay otros hechos o acciones de agentes estatales que hayan impedido el procesamiento rápido y efectivo del responsable; recomienda también la reparación efectiva y pronta de la víctima, así como la adopción de medidas en el ámbito nacional para eliminar esta tolerancia estatal frente a la violencia doméstica contra mujeres”.

Las peticionarias habían fundamentado que el caso es exponente de un “patrón de impunidad” en la materia en Brasil, basando este argumento en un informe de la propia CIDH:

“20. Sostienen [las peticionarias] que esta denuncia no representa una situación aislada en Brasil y que el presente caso es ejemplo de un patrón de impunidad en los casos de violencia doméstica contra mujeres en Brasil, ya que la mayoría de denuncias no llegan a convertirse en procesos criminales y de los pocos que llegan a proceso, sólo una minoría llega a condenar a los perpetradores. Recuerdan los términos de la propia Comisión cuando sostuvo en su Informe sobre Brasil que:

Los delitos que son incluidos en el concepto de violencia contra la mujer constituyen una violación de los derechos humanos de acuerdo con la Convención Americana y los términos más específicos de la Convención de Belém do Pará. Cuando son perpetrados por agentes del Estado, el uso de la violencia contra la integridad física y/o mental de una mujer o un hombre son responsabilidad directa del Estado. Además, el Estado tiene la obligación, de acuerdo con el artículo 1(1) de la Convención Americana y el artículo 7(b) de la Convención de Belém do Pará, de actuar con la debida diligencia para prevenir las violaciones de los derechos humanos. Esto significa

que aun cuando la conducta no sea originalmente imputable al Estado (por ejemplo porque el agresor es anónimo o no es agente del Estado), un acto de violación puede acarrear responsabilidad estatal ‘no por el acto mismo, sino por la falta de debida diligencia para prevenir la violación o responder a ella como requiere la Convención.’”

Por su parte, el Estado de Brasil no contestó la denuncia:

“25. El Estado de Brasil no ha suministrado a la Comisión respuesta alguna con respecto a la admisibilidad o a los méritos de la petición, pese a los requerimientos efectuados por la Comisión al Estado el 19 de octubre de 1998, el 4 de agosto de 1999 y el 7 de agosto de 2000”⁵⁴.

Análisis de los méritos del caso por la CIDH

El extenso párrafo que sigue a continuación es buena muestra del tipo de elementos de convicción que pesan en el ánimo de la CIDH para tomar sus decisiones, sirviendo de guía (no como lista cerrada, sino ejemplificadora) al momento de preparar casos similares:

“36. El silencio procesal del Estado respecto a esta petición contradice su obligación adquirida al ratificar la Convención Americana en relación con la facultad de la Comisión para ‘actuar respecto a las peticiones y otras comunicaciones, en el ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto por los artículos 44 a 51 de la Convención’. La Comisión ha analizado el caso sobre la base de los documentos provistos por el peticionario y otros materiales obtenidos, teniendo en cuenta el artículo 42 de su Reglamento. Entre los documentos analizados se encuentran:

⁵⁴ Se recomienda especialmente la lectura y análisis de la parte del Informe relativo al examen por la CIDH de las condiciones de admisibilidad del caso (párrafos 30 a 35).

el libro publicado por la víctima “Sobreviví Posso Contar”;

el Informe de la Delegación de Robos y Hurtos, respecto a su investigación;

los informes médicos sobre el tratamiento al que debió someterse la víctima Maria da Penha;

noticias periodísticas sobre el caso y sobre la violencia doméstica contra la mujer en general en Brasil;

la denuncia contra Heredia Viveiros efectuada por el Ministerio Público;

el Informe del Instituto de Policía Técnica del 8 de octubre de 1983 y de la Delegación de Robos y Hurtos de esa misma fecha, ambos sobre la escena del crimen y el hallazgo de arma;

las declaraciones de las empleadas domésticas del 5 de enero de 1984;

el pedido de antecedentes sobre Marco Antonio Heredia Viveros, del 9 de febrero de 1984;

el Informe del examen de salud de la víctima del 10 de febrero de 1984;

la decisión de “pronuncia” declarando procedente la denuncia, por la Jueza de Derecho de la 1a. Vara, de fecha 31 de octubre de 1986;

la condena por el Juri de 4 de mayo de 1991;

el Alegato del Procurador General solicitando el rechazo del recurso de apelación del 12 de diciembre de 1991;

la anulación por el Tribunal de Justicia del Estado, el 4 de mayo de 1994 de la condena del Juri original;

la decisión del Tribunal de Justicia del Estado del 3 de abril de 1995, aceptando conocer el recurso contra la decisión de pronuncia, pero negando su

proveimiento y sometiendo al acusado a nuevo juzgamiento por Tribunal Popular;
la decisión del nuevo Tribunal Popular Juri condenando al acusado, del 15 de marzo de 1996.

A juicio de la Comisión, del análisis de todos los elementos de convicción disponibles no surgen elementos que permitan llegar a conclusiones distintas respecto de los temas analizados, a las que se presentan a continuación. La Comisión analizará primeramente el derecho a la justicia según la Declaración y la Convención Americana, para luego completarlo aplicando la Convención de Belem do Pará.”

En el siguiente párrafo culmina el análisis de la CIDH sobre la conculcación por Brasil del debido proceso y las garantías judiciales en el caso, con carácter de “violación independiente” de tales derechos respecto de la víctima. Conviene leer los párrafos anteriores (37 a 43) para entender el completo alcance de esta afirmación, así como detenerse en la lectura para interiorizar el pensamiento y el lenguaje de la CIDH.

“44. En el presente caso no se ha llegado a producir una sentencia definitiva por los tribunales brasileños después de diecisiete años, y ese retardo está acercando la posibilidad de impunidad definitiva por prescripción, con la consiguiente imposibilidad de resarcimiento que de todas maneras sería tardía. La Comisión considera que las decisiones judiciales internas en este caso presentan una ineficacia, negligencia u omisión por parte de las autoridades judiciales brasileñas y una demora injustificada en el juzgamiento de un acusado e impiden y ponen en definitivo riesgo la posibilidad de penar al acusado e indemnizar a la víctima por la posible prescripción del delito. Demuestran que el Estado no ha sido capaz de organizar su estructura para garantizar esos derechos. Todo ello es una violación independiente

de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con el artículo 1(1) de la misma, y los correspondientes de la Declaración”.

La CIDH enmarca el caso en un patrón generalizado e impune de violencia contra las mujeres en Brasil, fundamentándolo en distintas fuentes:

“46. En este sentido, la Comisión Interamericana destaca que ha seguido con especial interés la vigencia y evolución del respeto a los derechos de la mujer y en particular aquellos relacionados con la violencia doméstica. La Comisión recibió información sobre el alto número de ataques domésticos contra las mujeres en Brasil. Solamente en Ceará [donde ocurrieron los hechos de este caso] hubo en 1993, 1183 amenazas de muerte registradas en las Delegaciones especiales policiales para la mujer, dentro de una total de 4755 denuncias”.

Este fenómeno de violencia y falta de justicia es discriminatorio, pues como afirma la CIDH, afecta desproporcionadamente a las mujeres en relación con los hombres. La Comisión cita su propio informe sobre el país:

“47. Las agresiones domésticas contra mujeres son desproporcionadamente mayores que las que ocurren contra hombres. Un estudio del Movimiento Nacional de Derechos Humanos de Brasil compara la incidencia de agresión doméstica contra las mujeres y contra los hombres, mostrando que en los asesinatos había 30 veces más probabilidad para las víctimas mujeres de haber sido asesinadas por su cónyuge, que para las víctimas masculinas. La Comisión encontró en su Informe Especial sobre Brasil de 1997, que existía una clara discriminación contra las mujeres agredidas por la ineficacia de los sistemas judiciales brasileños y su inadecuada aplicación de los preceptos nacionales e

internacionales, inclusive los que surgen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Brasil”.

Observamos pues, una pluralidad de fuentes de información que la CIDH tiene en cuenta. Otro ejemplo en el texto del caso, se basa en un documento proveniente de una universidad brasileña;

“49. Otros informes indican que 70% de las denuncias criminales referidas a violencia doméstica contra mujeres se suspenden sin llegar a una conclusión. Solo un 2% de las denuncias criminales por violencia doméstica contra mujeres llegan a condena del agresor (Informe de la Universidad Católica de São Paulo, 1998)”.

La CIDH destaca los esfuerzos de Brasil por adoptar medidas positivas, pero también acentúa la ineficacia de las mismas.

“50. En este análisis del patrón de respuesta del Estado a este tipo de violaciones, la Comisión nota también medidas positivas efectivamente tomadas en el campo legislativo, judicial y administrativo. Resalta la Comisión tres iniciativas que tienen relación directa con el tipo de situaciones ejemplificadas por este caso: 1) la creación de delegaciones policiales especiales para atender denuncias sobre ataques a las mujeres; 2) la creación de casas refugio para mujeres agredidas; y 3) la decisión de la Corte Suprema de Justicia en 1991 que ha invalidado el concepto arcaico de “defensa del honor” como causal de justificación de crímenes contra las esposas. Estas iniciativas positivas, y otras similares, han sido implementadas de una manera reducida con relación a la importancia y urgencia del problema, tal como se indicó anteriormente. En el caso emblemático en análisis, no han tenido efecto alguno”.

Análisis de la Convención de Belém do Pará por parte de la CIDH

La CIDH constata la violación de la Convención de Belém do Pará por la conducta negligente del Estado brasileño ante las omisiones de tutela por sus órganos judiciales, con el agravante de que se trata de una tolerancia de carácter sistemático. Conviene reflexionar sobre el alcance de estos conceptos y acudir a los mismos al presentar casos similares.

“55. La impunidad que ha gozado y aún goza el agresor y ex esposo de la señora Fernandes es **contraria a la obligación internacional voluntariamente adquirida por parte del Estado al ratificar la Convención de Belém do Pará**. La falta de juzgamiento y condena del responsable en estas circunstancias constituye un **acto de tolerancia** por parte del Estado de la violencia que Maria da Penha sufrió, y esa **omisión** de los tribunales de justicia brasileños agrava las consecuencias directas de las agresiones por su ex-marido sufridas por la señora Maria da Penha Maia Fernandes. Es más, como ha sido demostrado previamente, esa tolerancia por los órganos del Estado no es exclusiva de este caso, sino una **pauta sistemática**. Es una **tolerancia de todo el sistema, que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer**”. (El énfasis es nuestro)

Como establece la CIDH, la conducta tolerante y generalizada del Estado ante estas prácticas viola la obligación de sancionarlas, pero también la de prevenirlas, por cuanto las facilita. Hay que tener en cuenta ese concepto, considerando que la tolerancia estatal ante la violencia contra las mujeres es una práctica bastante común en toda América.

“56. Dado que esta violación contra Maria da Penha forma parte de un **patrón general de negligencia y**

falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, considera la Comisión que no sólo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. Esa ineffectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos". (El énfasis es nuestro)

La mayoría de los Estados de la región han adoptado algunas medidas para erradicar la violencia contra las mujeres, pero como a Brasil en este caso, ello no les exime de responsabilidad por las que aún no han tomado; o por las que sean ineficaces para cumplir las obligaciones internacionales asumidas.

“57. En relación con los incisos c y h del artículo 7, la Comisión debe considerar las medidas tomadas por el Estado para eliminar la tolerancia de la violencia doméstica. La Comisión ha llamado la atención positivamente por varias medidas de la actual administración con ese objetivo, en particular la creación de Delegaciones especiales de policía, los refugios para mujeres agredidas, y otras. Sin embargo en este caso emblemático de muchos otros, la ineficacia judicial, la impunidad y la imposibilidad de obtener una reparación por la víctima establece una muestra de la falta de compromiso para reaccionar adecuadamente frente a la violencia doméstica. El artículo 7 de la Convención de Belem do Pará parece ser una lista de los compromisos que el Estado brasileño no ha cumplido aún en cuanto a este tipo de casos”.

Es importante observar con atención, como se indica en el punto siguiente, cuántos derechos humanos están en juego en los casos de violencia contra las mujeres.

“58. Por lo expuesto, la Comisión considera que en este caso se dan las condiciones de violencia doméstica y de tolerancia por el Estado definidas en la Convención de Belém do Pará y existe responsabilidad del Estado por la falta de cumplimiento del Estado a sus deberes establecidos en los artículos 7(b), (d), (e) (f) y (g) de esa Convención, en relación a los derechos por ella protegidos, entre ellos, a una vida libre de violencia (artículo 3), a que se respete su vida, su integridad física, psíquica y moral y su seguridad personal, su dignidad personal, igual protección ante la ley y de la ley; y a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos (artículos 4(a), (b), (c) (d), (e), (f) y (g))”.

Para finalizar con el examen de este informe, se sugiere la lectura de las conclusiones a que llegó la CIDH y las recomendaciones que le hizo a Brasil. Ello será muy útil para identificar el alcance práctico de la presentación de casos ante la CIDH, así como el carácter de sus recomendaciones en este tipo de supuestos (párrafos 60 a 63 del Informe Final). Para el caso que nos ocupa, se contemplaron entre otras, las siguientes recomendaciones al Estado de Brasil: completar, lo antes posible, el procesamiento del agresor; investigar y determinar las responsabilidades por el retardo injustificado de ese procesamiento; tomar las medidas administrativas, legislativas y judiciales correspondientes; reparar las consecuencias e indemnizar a la víctima; y continuar y reforzar el proceso de reformas tendientes a evitar la tolerancia estatal y el tratamiento discriminatorio en relación con la violencia en contra de las mujeres.

3.6 Para recordar

- Los sistemas internacionales de protección de derechos humanos establecen requisitos o condiciones de admisibilidad de las quejas individuales, de naturaleza formal y sustancial.
- La protección internacional de los derechos humanos es subsidiaria de la nacional. Ambas interactúan y se complementan.
- Antes de acudir a una instancia internacional, tienen que agotarse los recursos de la jurisdicción interna.
- Es esencial aplicar los estándares internacionales en materia de agotamiento de recursos, para no ver frustrada la posibilidad de acudir a la vía internacional llegado el caso.
- Existen casos ante el Sistema Interamericano relativos a derechos humanos de las mujeres; el estudio de su jurisprudencia es fundamental para la argumentación de violaciones de derechos humanos.

4. El sistema universal y los derechos humanos de las mujeres

A lo largo de la experiencia pedagógica, el sistema universal de protección de los derechos humanos fue, junto al interamericano, el más extensamente analizado. A continuación, rescataremos el panorama general de los conocimientos teóricos que sobre el mismo se brindó a las abogadas participantes.

4.1 La protección universal de los derechos humanos: notas introductorias

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) está integrada por 191 Estados y ha desarrollado un amplio y complejo sistema para la protección de los derechos humanos. Desde su misma fundación, la ONU consideró entre sus fines lograr la observancia de los derechos humanos para todas y todos los habitantes del planeta.

En el artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas⁵⁵, por medio de la cual se creó la organización, señala que es su propósito: “Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. También en su artículo 55, las Naciones Unidas se comprometen a promover el respeto universal a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas, sin discriminación alguna, con el propósito de “crear las condiciones de estabilidad y bienestar para las relaciones pacíficas y amistosas entre las Naciones”.

⁵⁵ La Carta de las Naciones Unidas, se adoptó en San Francisco (EEUU), el 26 de junio de 1945.

Guiada por sus objetivos, la ONU ha edificado en su seno un sistema de protección de los derechos humanos, que conocemos como Sistema Universal, integrado en realidad por varios subsistemas. Tras la Carta fundacional, el peldaño normativo más importante para los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas, estuvo dado por la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948⁵⁶. Los Estados Parte optaron entonces por proclamar un texto sin la fuerza vinculante de un tratado; no fue sino hasta 1966 que se decidieron a adoptar dos tratados generales sobre derechos humanos: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵⁷; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁸, que entraron en vigor en 1976.

La Declaración Universal consagra tanto derechos económicos, sociales y culturales, como civiles y políticos. Cuando se adoptaron los dos pactos mencionados, en plena guerra fría, el enfrentamiento bipolar que dividía al mundo se reflejó también en dos marcadas posiciones sobre qué derechos proteger⁵⁹, zanjándose el tema con la adopción de dos tratados diferenciados. Esa división artificial de los derechos humanos en dos categorías ha tenido consecuencias bastante nefastas para la efectiva protección de todos los derechos humanos, especialmente de los económicos, sociales y culturales, que poco a poco van saliendo de su marginación. Así, en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, los Estados

56 Promulgada el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de la ONU.

57 Adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 3 de enero de 1976 (146 ratificaciones).

58 Aprobado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976 (149 ratificaciones).

59 El bloque socialista postulaba la protección de los derechos de tipo económico, social y cultural; el bloque occidental, de los civiles y políticos.

reconocieron que: “Todos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”.

La que se conoce como Carta Internacional de Derechos Humanos, está integrada por la Declaración Universal, los dos Pactos citados, y los dos Protocolos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁰. En Naciones Unidas se han adoptado una multiplicidad de instrumentos sobre derechos humanos; más adelante se analizarán los que resultan de más utilidad para la protección de los derechos de las mujeres.

4.2 Los mecanismos y órganos de derechos humanos en el sistema universal

En el sistema de Naciones Unidas conviven una pluralidad de subsistemas que dirigen sus esfuerzos hacia la protección de los derechos humanos. Se puede hablar de dos tipos de mecanismos: **convencionales** y **extraconvencionales**. Los primeros son los que surgen de un tratado o convenio internacional, mientras que los segundos encuentran su base en resoluciones emanadas de órganos de Naciones Unidas

A diferencia de los sistemas regionales, cuyos órganos de vigilancia de los derechos humanos son los mismos para todos los instrumentos que van adoptándose en la materia (Tribunal Europeo, Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos, Comisión y futura Corte Africana), en el sistema universal existe también una multiplicidad de

⁶⁰ Estos son el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en 1966 y que entró en vigor el 23 de marzo de 1976 (104 ratificaciones); y el Segundo Protocolo Facultativo a dicho Pacto, destinado a abolir la pena de muerte, aprobado el 15 de diciembre de 1989 (49 ratificaciones).

órganos que específicamente asumen la vigilancia de un tratado o el cumplimiento de determinado mandato en los procedimientos extraconvencionales.

4.2.1 La protección convencional de derechos humanos en Naciones Unidas

Son seis los grandes tratados sobre derechos humanos adoptados en Naciones Unidas que cuentan con órganos de vigilancia y mecanismos de protección:

Tratado	Órgano de vigilancia
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Comité de Derechos Humanos
Convención sobre los Derechos del Niño	Comité de los Derechos del Niño
Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial	Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial
Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas, Crueles, Inhumanos o Degradantes	Comité contra la Tortura
Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer	Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

Los comités están integrados por personas expertas independientes. El mecanismo de control común a todos los tratados, consiste en la presentación y examen de informes estatales periódicos, sobre las medidas adoptadas y progresos

alcanzados, para asegurar el respeto de los derechos que el Pacto o Convención consagra. A través de ese procedimiento, los Comités tratan de establecer un diálogo constructivo con los Estados, para ayudarles a cumplir sus compromisos internacionales. La información que las organizaciones no gubernamentales (ONG) proporcionan a estos órganos, les sirve para contrastar la que los Gobiernos suministran en sus informes, existiendo cauces bien aceitados de comunicación entre los comités y las organizaciones de la sociedad civil. De ahí que en el proceso formativo se hiciera un énfasis especial en la presentación de los denominados “informes alternativos” o “informes sombra”, por parte de las organizaciones de mujeres ante los órganos de derechos humanos de Naciones Unidas.

Cabe señalar que en el sistema convencional de Naciones Unidas, progresivamente se va ampliando la posibilidad de que personas o grupos de personas puedan someter sus quejas (comunicaciones individuales) a los comités de vigilancia de tratados. Esto es posible en cuatro comités: de Derechos Humanos, contra la Tortura, de Eliminación de la Discriminación Racial y de la CEDAW.

Además de la jurisprudencia que emana de los órganos de vigilancia de tratados que pueden resolver casos individuales, no debe olvidarse la importancia de conocer las conclusiones y observaciones finales que dictan todos estos órganos tras el examen de los informes periódicos que les someten los Estados Parte; así como las observaciones y recomendaciones generales que adoptan en interpretación de los tratados que vigilan. El estudio de estos documentos es una herramienta indispensable para hacer el mejor uso posible del sistema⁶¹.

61 Pueden consultarse a través de la página web del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos: www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf

4.2.2 La protección extraconvencional de derechos humanos en Naciones Unidas

En Naciones Unidas existen también mecanismos de derechos humanos que no se derivan de convenciones. Los órganos principales que intervienen en ellos son: la Comisión de Derechos Humanos, creada en 1946 por el Consejo Económico y Social (ECOSOC), e integrada por 53 representantes gubernamentales; y la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, órgano subsidiario de la anterior que nace en 1947 y está compuesta por 26 integrantes que actúan a título personal.

Los procedimientos extraconvencionales nacen de dos resoluciones del ECOSOC: la 1235 (XLII) del 6 de junio de 1967 y la 1503 (XLVIII) del 27 de mayo de 1970. La primera insta un procedimiento público para el estudio “de las situaciones que revelen un cuadro persistente de violaciones de derechos humanos”. En cuanto a la segunda, crea un procedimiento de tipo confidencial para el examen de comunicaciones que “parezcan revelar un cuadro persistente y fehacientemente probado de violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

En ese marco, la Comisión de Derechos Humanos ha establecido los denominados “procedimientos especiales”, designando grupos de trabajo (integrados por personas que actúan a título personal) o a particulares independientes (personas relatoras, expertas independientes y representantes). También se han otorgado determinados mandatos temáticos y por país al Secretario General de Naciones Unidas.

Los mandatos que confiere la Comisión son de dos tipos: temáticos y geográficos. Los temáticos, para el examen de fenómenos de violaciones de derechos humanos a escala global; los geográficos, para el monitoreo de la situación de los derechos humanos en un territorio o país concreto. Hasta el momento se han otorgado 49 mandatos (27 por país y 22

temáticos), de los cuales 18 (10 por país y 8 temáticos) recaen en el Secretario General⁶².

Un procedimiento muy efectivo para las víctimas de violaciones de derechos humanos, lo constituye el denominado de “acción urgente”, que se emplea en varios de los procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos para proteger de forma rápida e informal a personas en peligro. La persona que ostenta la presidencia del Grupo de Trabajo o la Relatoría Especial, contacta a las autoridades del país en que se encuentra la presunta víctima por el medio más rápido posible y hace un llamamiento para que se protejan sus derechos. Suelen recurrir a este procedimiento el Relator Especial encargado de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias; el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura; el Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias; y el Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria.

4.3 El marco normativo universal enfocado hacia la protección de las mujeres

La Carta de Naciones Unidas proclama en su preámbulo la igualdad de derechos de hombres y mujeres. También la Declaración Universal, los Pactos Internacionales y otros instrumentos de Naciones Unidas sobre derechos humanos, como la Convención de los Derechos del Niño⁶³, consagran los principios de igualdad y no discriminación con carácter general; y reconocen algunas situaciones específicas que hacen precisar a las mujeres una protección especial, como la maternidad o el matrimonio.

62 Ver mandatos existentes en: www.unhchr.ch/spanish/html/menu2/xtraconv_sp.htm

63 Convención de los Derechos del Niño; adoptada el 20 de noviembre de 1989, entró en vigor el 2 de septiembre de 1990 (191 ratificaciones).

Igualmente, de las Conferencias Mundiales celebradas en el marco de la ONU, han emanado documentos que respaldan los derechos humanos de las mujeres en diversas situaciones, que pueden ser invocados para reforzar fundamentos jurídicos⁶⁴. Así, en la Conferencia Mundial de Viena de 1993 sobre Derechos Humanos, los gobiernos del mundo reconocieron por vez primera que: “Los derechos humanos de la mujer y la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales (...)”⁶⁵. Por su parte, la Declaración y Plataforma de Acción adoptadas en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing en 1995, constituyen sin duda textos claves para recordar los compromisos que los Estados han asumido en relación con los derechos de las mujeres⁶⁶.

A continuación, se examinará con mayor detenimiento el instrumento específico por excelencia sobre derechos humanos de las mujeres del sistema universal: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (conocida por sus siglas en inglés, como CEDAW).

4.3.1 La Convención CEDAW

Un preámbulo y 30 artículos integran este tratado de importancia vital para las mujeres del mundo. Recordemos

64 IIDH, “Diversidad en Beijing. Una experiencia de participación”, artículo “Los derechos humanos de las mujeres en las Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas”, ACOSTA VARGAS, Gladys, Costa Rica, 1996, pp. 89 a 131.

65 Declaración de Viena, Punto 18 y Programa de Acción de Viena, Punto 22. También el Programa de Acción de Viena contiene toda una sección titulada: “La igualdad de condición y los derechos humanos de la mujer” (Puntos 36 a 44).

66 IIDH, “Diversidad en Beijing. Una experiencia de participación”, opus cit., 217 pp, presenta un análisis de ese evento, a partir de la participación en el mismo del movimiento latinoamericano y caribeño de mujeres.

que en su artículo 1, la Convención CEDAW define la discriminación contra la mujer como: “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Ya fue señalada la importancia de la Convención CEDAW porque significó la consagración, en la escena de la protección internacional de derechos humanos, del concepto específico de “discriminación contra la mujer”. Al respecto, Facio destaca que esa definición es triplemente importante porque:

- establece que una acción, ley o política será discriminatoria si tiene *por resultado* la discriminación de la mujer, aunque no se haya hecho o promulgado con la intención o el objeto de discriminarla;
- al haber sido ratificada por el país, se convierte en lo que *legalmente* se debe entender por discriminación;
- considera discriminatorias las restricciones que sufren las mujeres en *todas las esferas* (política, económica, social, cultural, civil o en cualquier otra esfera), incluyendo aquellas del ámbito doméstico y no solo las que se dan en la llamada “esfera pública”⁶⁷.

67 ILANUD, “Caminando hacia la igualdad real. Manual en módulos”, artículo de FACIO MONTEJO, Alda, “De qué igualdad se trata”, 1997, p. 259.

Este último punto es de gran importancia para las mujeres, pues supone como vimos, una ampliación del mismo concepto de sus derechos humanos. Se reconoce internacionalmente que tienen relevancia las violaciones de derechos que sufren mujeres en todos los planos y relaciones sociales, no solo en el ámbito público. A partir de la Convención CEDAW, la discriminación y violencia que padecen las mujeres en sus vidas privadas, en el marco de sus vínculos familiares y personales, es sancionada y puede conllevar responsabilidad internacional para los Estados Parte, si no protegen adecuadamente a las mujeres de la discriminación dentro de sus fronteras.

También esta Convención es el primer instrumento internacional de derechos humanos que, de manera explícita, establece la urgencia de actuar sobre los papeles tradicionales de mujeres y hombres en la sociedad y en la familia. Así, en su artículo 5.a), prevé la obligación de los Estados Parte de adoptar todas las medidas apropiadas para: “Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”. En el mismo sentido, la Convención CEDAW impone obligaciones a los Estados para asegurar la igualdad de derechos en la esfera de la educación.

Un Estado, al ser parte de esta Convención, se obliga a condenar la discriminación contra las mujeres y a orientar sus políticas a la eliminación de la misma “por todos los medios apropiados y sin dilaciones”, adoptando todas las medidas necesarias en todas las esferas, especialmente la política, social, económica y cultural, para “asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre” (artículos 2 y 3).

De acuerdo al artículo 4 de la Convención CEDAW, no se considerará discriminación la adopción por los Estados Parte, “de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer”, debiendo cesar tales medidas “cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”. En su Recomendación General N° 5 de 1988, el Comité de la CEDAW invitó a los Estados Parte a que hicieran un “mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la política y el empleo”. También el Comité en su Recomendación General N° 25 de 2004, ya mencionada, aclara que las “medidas especiales temporales” deben entenderse en el marco del objetivo general de la Convención, que es eliminar toda forma de discriminación contra la mujer para lograr la igualdad jurídica y de hecho (*de jure* y *de facto*) entre el hombre y la mujer, en el goce y disfrute de sus derechos humanos.

La Convención CEDAW cuenta con un gran número de ratificaciones (175), que la convierten en una de las más exitosas del Sistema, junto con la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, hay que señalar que esta Convención cuenta con una enorme cantidad de reservas estatales. El Comité, en sus Recomendaciones Generales N° 4 (1987) y N° 20 (1992), ha expresado a los Estados su preocupación por las reservas formuladas, solicitándoles que las reexaminen y procuren retirarlas.

Recapitulando los aspectos fundamentales de esta Convención, que según Facio “reúne en un único instrumento legal, internacional, de derechos humanos, las disposiciones de los instrumentos anteriores de la ONU relativas a la discriminación contra la mujer”, podemos señalar los siguientes⁶⁸:

68 FACIO MONTEJO, Alda, en “La carta magna de todas las mujeres”. Ponencia presentada en varios foros. Costa Rica, 2002.

- Define la discriminación y establece un concepto de igualdad sustantiva o igualdad real.
- Incluye la equiparación de derechos no solo en el ámbito público, pues la amplía al ámbito privado (al seno de las relaciones familiares), reconociendo por ejemplo, la violencia doméstica como una violación de los derechos de las mujeres.
- Amplía la responsabilidad estatal a actos que cometen personas privadas, empresas o instituciones no estatales y no gubernamentales.
- Compromete a los Estados a adoptar medidas legislativas y de política pública para eliminar la discriminación (artículo 2); y a establecer garantías jurídicas y modificar inclusive usos y prácticas discriminatorias que afecten el goce y ejercicio pleno de los derechos humanos y las libertades fundamentales por parte de las mujeres (artículos 2 y 3).
- Permite medidas transitorias de acción afirmativa.
- Reconoce el papel de la cultura y las tradiciones en el mantenimiento de la discriminación y compromete a los Estados a eliminar estereotipos en los roles de hombres y mujeres.

4.3.2 El Protocolo Facultativo a la Convención CEDAW

En la Convención CEDAW no se previó un mecanismo de quejas individuales. Veinte años después, en 1999, se adopta un Protocolo Facultativo que instaura esa posibilidad para las mujeres víctimas de violaciones a los derechos humanos que consagra la Convención. El Protocolo prevé también la posibilidad de investigar violaciones graves o sistemáticas en Estados Parte que hayan aceptado esta competencia.

Hasta la aprobación del Protocolo, el único procedimiento disponible en relación con la Convención CEDAW, era el de supervisión y presentación de informes por parte de los Estados. Más claramente, la aprobación del Protocolo Facultativo⁶⁹ coloca esta Convención en condiciones de igualdad con tres de los seis grandes tratados internacionales de derechos humanos, así como con los sistemas interamericano y europeo, que dan a sus organismos de supervisión y monitoreo autoridad para recibir y considerar comunicaciones⁷⁰.

En este Protocolo no hay derechos sustantivos, con excepción quizá del derecho de acceder a la justicia por parte de las mujeres, si se considera así a la consagración de un procedimiento habilitante para garantizar derechos fundamentales⁷¹.

Si bien más adelante se explican los mecanismos de comunicaciones o investigaciones que permite el Protocolo Facultativo, sobre este instrumento es importante destacar lo siguiente⁷²:

- Sin crear nuevos derechos, establece un mecanismo de exigibilidad de los derechos sustantivos establecidos en la Convención y que son obligaciones de los Estados Parte.

69 Para un completo análisis del mismo ver IIDH, "Protocolo Facultativo. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer", Costa Rica, 2000. Disponible en línea en la sección especializada DerechosMujer de la página web IIDH www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer.

70 OBANDO, Ana Elena, "El Protocolo Opcional o Facultativo de la CEDAW", documento elaborado para el IIDH, 2003.

71 IIDH, "Marco de referencia...Módulo 2", BAREIRO, Line. opus cit.

72 IIDH, "Argumentos a favor de la ratificación del Protocolo Facultativo de la CEDAW". Disponible en línea en la sección especializada DerechosMujer de la página web IIDH www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer.

- Equipara la Convención CEDAW a otros instrumentos internacionales de derechos humanos (como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos).
- Es un mecanismo de supervisión de la Convención y de su aplicación práctica y no tiene carácter jurisdiccional.
- Permite comunicaciones sobre denuncias e investigación de casos individuales o violaciones extensivas de derechos humanos de las mujeres.
- Permite la identificación de medidas o recomendaciones que constituyan una reparación de la violación causada.

El procedimiento de comunicaciones individuales

Pueden ser presentadas por personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas o actúen en su nombre. El Comité examina las denuncias a través de un procedimiento contradictorio, muy parecido al que se sigue ante el Comité de Derechos Humanos. Primero se analiza la admisibilidad de la petición por un grupo de trabajo de al menos cinco integrantes del Comité: las comunicaciones deben presentarse por escrito, no anónimamente; no pueden haber sido examinadas ante el Comité, ni pender ante otro órgano internacional; y ha de acreditarse el agotamiento de los recursos internos.

La práctica del Comité de Derechos Humanos indica que para cumplir con el requisito de que toda denuncia debe estar suficientemente fundamentada, deben proporcionarse detalles específicos, en particular información referida a la situación específica de la víctima. Los alegatos específicos referidos al contexto general no son suficientes, como por ejemplo, una referencia a informes sobre las condiciones de

las mujeres migrantes sin información adicional sobre la situación de mujeres específicas⁷³.

Si la comunicación reúne todos los requisitos y es considerada admisible, se pasa a la fase de consideración de méritos, comunicándose la queja al Estado de manera confidencial, como ocurre en el procedimiento que se entabla ante el Comité contra la Discriminación Racial. El Estado tiene seis meses para pronunciarse sobre la queja.

Las sesiones del Comité para examinar las comunicaciones, son de carácter privado. Tras el examen de la queja, el Comité informará a las partes sobre sus recomendaciones. Puede ser que dichas recomendaciones identifiquen medidas específicas de reparación, indemnización y/o rehabilitación de la víctima; o cualquier otra acción que sea necesaria para restaurar a la víctima la condición en que hubiera estado de no haber ocurrido la violación. Asimismo, en sus recomendaciones, el Comité puede pedir medidas específicas para poner fin a una violación que continúa reproduciéndose; o para evitar una repetición de dicha violación o violaciones similares en el futuro. Es muy interesante la disposición del Protocolo Facultativo acerca de la debida consideración que el Estado debe dar a las recomendaciones, como también a las acciones de seguimiento previstas a corto y largo plazo.

El procedimiento de investigación

Inspirado en el procedimiento de investigación que lleva adelante el Comité contra la Tortura, el Protocolo Facultativo establece el primer procedimiento específico de Naciones Unidas, de investigación sobre violaciones graves o sistemáticas de los derechos humanos de las mujeres enunciados en la Convención CEDAW.

73 OBANDO, Ana Elena, opus cit.

Obando señala que la discriminación contra la mujer vinculada a violaciones de sus derechos a la vida, la integridad física y mental, a la seguridad de la persona, por ejemplo, constituyen **violaciones graves**. Una sola violación puede ser de carácter grave y un solo acto puede violar más de un derecho. Esta misma autora señala que el término “**sistemático**” se refiere a la escala o frecuencia de las violaciones o a la existencia de un plan o política que incentive la comisión de dichas violaciones⁷⁴.

En el procedimiento previsto se suceden los siguientes pasos: a) recibo por parte del Comité, de información fidedigna que revele situaciones graves o sistemáticas de violaciones a derechos humanos de las mujeres; b) inicio de la investigación, para lo cual el Comité CEDAW podrá designar a una o más de sus integrantes para iniciar una investigación confidencial, con colaboración del Estado en cuestión, pudiendo realizar visitas *in situ*; c) comunicación de hallazgos, pudiendo realizar observaciones y recomendaciones; y d) seguimiento de corto y largo plazo.

En sus observaciones y recomendaciones, el Comité puede identificar acciones que debería realizar el Estado Parte para poner fin a violaciones que siguen produciéndose y para evitar violaciones similares en el futuro. Dichas acciones podrían incluir medidas legales, administrativas o educativas y asignaciones presupuestarias relacionadas con las mismas.

Cabe señalar que el Protocolo Facultativo (artículo 10) permite a los Estados Parte eximirse del procedimiento de investigaciones. Estos podrán declarar, en el momento de firmar, ratificar o adherir el Protocolo, que no reconocen la competencia del Comité en relación con el procedimiento creado en los artículos 8 y 9. Los Estados Parte que se hayan eximido en ese sentido, podrán retirar dichas declaraciones posteriormente.

74 OBANDO, Ana Elena, opus cit.

4.4 Órganos específicos de Naciones Unidas para las mujeres

De cara a la protección de los derechos humanos de las mujeres en el Sistema Universal, es necesario conocer los órganos y competencias de las entidades creadas en torno a los problemas de derechos humanos que les afectan específicamente. Estos se examinarán a continuación, con especial detenimiento en el Comité de la Convención CEDAW, por la protección directa que puede ejercer hacia las mujeres víctimas de violaciones, mediante el Protocolo Facultativo de esta Convención.

4.4.1 La Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer

Es una de las comisiones orgánicas del Consejo Económico y Social (ECOSOC)⁷⁵, creada por este órgano en 1946. Actualmente la integran 45 representantes de los Estados Parte de la ONU, que se eligen cada cuatro años con un criterio de representación geográfica equitativa. Sus períodos de sesiones se celebran anualmente en la sede de Naciones Unidas en New York (EEUU).

Esta Comisión (también conocida por su siglas en inglés, CSW) tiene la misión de preparar estudios, informes y recomendaciones sobre derechos humanos y temáticas relativas a las mujeres; también hace recomendaciones y propuestas al ECOSOC, para lograr la igualdad real de derechos entre mujeres y hombres. Se destaca su labor en la preparación de conferencias internacionales y por haber

75 El Consejo Económico y Social coordina la labor de los 14 organismos especializados, de las 10 comisiones orgánicas y de las 5 comisiones regionales de las Naciones Unidas; recibe informes de 11 Fondos y Programas de las Naciones Unidas; y emite recomendaciones de política dirigidas al sistema de las Naciones Unidas y a los Estados miembros. Puede ampliar información en www.un.org/spanish/documents/esc/about.htm

tenido a su cargo la elaboración del borrador del Protocolo Facultativo a la Convención CEDAW.

La Comisión puede conocer de quejas individuales, pero el procedimiento previsto es de carácter confidencial y lamentablemente, no ofrece soluciones demasiado efectivas para la protección de las mujeres víctimas de violaciones a sus derechos humanos⁷⁶.

4.4.2 La División para el Adelanto de la Mujer

Esta División (también conocida por sus siglas en inglés, DAW) nace en 1946 y pertenece al Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Tiene su sede en las oficinas centrales de la ONU, en New York (EEUU). Ha funcionado como la Secretaría de las cuatro conferencias mundiales sobre la mujer celebradas bajo el auspicio de Naciones Unidas: Beijing (1995), Nairobi (1985), Copenhague (1980), y México (1975). También funciona como Secretaría de la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer y del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁷⁷.

4.4.3 El Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (conocido como Comité CEDAW o “el

76 Un breve análisis de este procedimiento se encuentra en IIDH; WOMEN, LAW & DEVELOPMENT INTERNATIONAL; HUMAN RIGHTS WATCH WOMEN'S RIGHTS PROJECT: “Derechos Humanos de las Mujeres: Paso a Paso...”, opus cit., p.59.

77 Más información puede obtenerse en inglés en www.un.org/womenwatch/daw/

CEDAW”⁷⁸), es el órgano encargado de controlar el cumplimiento de la Convención CEDAW y de interpretar sus disposiciones. Está integrado por 23 personas expertas “de gran prestigio moral y competencia en la materia abarcada por la Convención”, que ejercen sus funciones a título personal, debiéndose tener en cuenta al elegirlos los criterios de distribución geográfica equitativa, representación de las diversas formas de civilización y de los principales sistemas jurídicos⁷⁹.

El Comité no funciona con carácter permanente, sino que celebra dos períodos anuales de sesiones en la sede de la ONU en New York (EEUU), de tres semanas cada uno. Este Comité es el único que no sesiona en Ginebra, lo que implica dificultades para las organizaciones no gubernamentales, por ejemplo, pues para trabajar ante diferentes órganos de supervisión de tratados de derechos humanos, tienen que dividir sus esfuerzos y gastos entre dos ciudades; y también para el propio Comité, en su interrelación con el resto de órganos del sistema. También se ha criticado la escasez de recursos humanos y materiales que la ONU pone a disposición del Comité, lo cual dificulta sus labores.

Competencias

En la Convención CEDAW se dispone como competencia del Comité, el examen de informes estatales periódicos. Los Estados Parte deben presentar al Secretario General de

78 Para mayor información, ver GONZÁLEZ, Aída, “El Comité de la Convención CEDAW: un órgano de supervisión y seguimiento en derechos humanos de las mujeres”. Disponible en línea en la sección especializada DerechosMujer de la página web IIDH www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer

79 El Protocolo Facultativo a la CEDAW fue adoptado el 6 de octubre de 1999, por la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante su resolución A/54/4. El Protocolo se encuentra en vigor y cuenta con 57 ratificaciones a abril de 2004.

Naciones Unidas, informes iniciales y periódicos acerca de las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de cualquier otra índole, que hubieren adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la Convención y sobre los progresos que hubieran alcanzado para tal fin (artículo 18). El Comité examina tales informes y presenta a su vez, un informe anual a la Asamblea General de la ONU, por intermedio del ECOSOC, sobre el desarrollo de sus trabajos.

El Comité, basado en la información que brindan los Estados Parte, así como en la provista por organizaciones no gubernamentales en sus “informes alternativos”, emite sugerencias y recomendaciones a los Estados para el mejor cumplimiento de la Convención. También el Comité dicta recomendaciones generales en interpretación de la Convención⁸⁰.

El Comité cuenta con un reglamento para su funcionamiento elaborado en 1982; este fue revisado y modificado, aprobándose un nuevo reglamento en febrero del año 2001.

Con la aprobación del Protocolo Facultativo a la Convención CEDAW, se autoriza al Comité a recibir comunicaciones relacionadas con violaciones de los derechos humanos consagrados en la Convención y a emitir opiniones y recomendaciones. Además, el Comité también podrá iniciar investigaciones acerca de violaciones graves o sistemáticas de las disposiciones de la Convención cometidas por un Estado Parte.

4.4.4 La Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos Sobre la Violencia contra la Mujer, con inclusión de sus Causas y sus Consecuencias

El mecanismo de la Relatora Especial en la materia se creó en 1994, por Resolución 1994/45, a propuesta de la

⁸⁰ Hasta el momento ha emitido 25 Recomendaciones Generales, la última de enero de 2004.

Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena. Este cargo fue desempeñado por Radhika Coomaraswamy (1994-2003) de Sri Lanka; actualmente, lo ostenta Yakin Ertuk, de Turquía.

La Relatora tiene el mandato principal de buscar y recibir información sobre la violencia que sufren las mujeres, con atención a sus causas y efectos, debiendo dar eficaz respuesta a dicha información. También tiene por misión recomendar medidas orientadas a acabar con la violencia contra la mujer, a erradicar sus causas y reparar sus consecuencias⁸¹.

Ha emitido numerosos documentos e informes, relativos a diferentes cuestiones: violencia contra la mujer; la explotación de menores en el contexto de la prostitución y la servidumbre doméstica; política económica y social y sus efectos sobre la violencia contra la mujer; cuestión de la trata de mujeres y niñas (misión a Bangladesh, Nepal y la India). Asimismo, la Relatora elabora informes tras sus visitas a países, como ha sido el caso de Sierra Leona, Afganistán, Pakistán, Colombia y otros⁸².

4.5. Para recordar

- El respeto de los derechos humanos sin discriminación para todas las mujeres y hombres del mundo, es un objetivo de Naciones Unidas desde su creación.
- A partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se han ido adoptando en la ONU numerosos tratados e instrumentos en la materia. Algunos de esos instrumentos giran en torno a la protección específica de las mujeres, en especial la Convención CEDAW.

81 Ver formulario de quejas en: www.unhchr.ch/spanish/html/menu2/7/b/women/womform_sp.htm.

82 Dichos documentos son de acceso público a través de www.unhchr.ch

- Existen varios subsistemas de protección de los derechos humanos en Naciones Unidas, que se agrupan en dos tipos de mecanismos: convencionales y no convencionales (o extraconvencionales).
- Es necesario conocer la jurisprudencia y los documentos emanados de los Comités que vigilan los tratados de derechos humanos de la ONU, para hacer un uso eficaz del sistema.
- En Naciones Unidas existen órganos específicos sobre la mujer. Conviene conocerlos e identificar sus posibilidades para la protección de los derechos humanos de las mujeres.
- El Protocolo Facultativo a la Convención CEDAW establece dos tipos de procedimientos de diferente naturaleza, para la protección de los derechos de las mujeres: el de comunicación y el de investigación.

5. El Sistema Interamericano y los derechos humanos de las mujeres

Como fue señalado, durante el proceso formativo se proporcionó a las abogadas participantes un entrenamiento exhaustivo en el sistema regional americano sobre derechos humanos. A continuación vamos a recuperar, de entre los muchos conocimientos facilitados por el equipo docente, algunos aspectos fundamentales relacionados con la protección de los derechos humanos de las mujeres en el Sistema Interamericano.

5.1 La protección regional de los derechos humanos en América: notas introductorias

En la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), aprobada en 1948, los Estados del continente proclamaron “los derechos fundamentales de la persona, sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo” (Artículo 3.k). Desde su constitución, la Organización ha ido generando un sistema para la protección de los derechos humanos en la región, adoptando en 1949 la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁸³, unos meses antes de proclamarse la Declaración Universal.

El Sistema Interamericano -a diferencia del sistema regional europeo que se instaura alrededor del Convenio Europeo de 1950 o del africano que lo hace en torno de la Carta Africana de 1961, ambos tratados con fuerza vinculante-, comenzó su andadura en torno a un instrumento declarativo, al igual que el sistema de Naciones Unidas. No

83 Puede observarse que el lenguaje género-sensitivo no estaba en boga cuando se adoptó la Declaración en Bogotá (Colombia). Se están haciendo esfuerzos por sustituir “del hombre”, por “humanos” en su denominación.

fue sino hasta 1969 que en la OEA se adopta un tratado de derechos humanos: la Convención Americana de Derechos Humanos (también conocida como Pacto de San José). Pero antes de la adopción de la Convención, los trabajos de promoción y protección de los derechos humanos en el sistema ya habían dado pasos significativos, sobre todo a partir de la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1959.

5.2 El marco normativo

En el Sistema Interamericano, además de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana de Derechos Humanos, se han adoptado varios textos sobre derechos humanos -tanto de carácter general, como específico-, que han ido progresivamente aumentando la amplitud normativa y el alcance de la protección regional. Dichos instrumentos son:

- Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (conocido también como Protocolo de San Salvador) de 1988;
- Segundo Protocolo a la Convención Americana relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, de 1990;
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 1985;
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994;
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (también conocida como Convención de Belém do Pará), de 1994; y

- Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, de 1999.

El marco normativo del Sistema Interamericano se complementa con los Estatutos y Reglamentos de sus órganos de protección: la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos⁸⁴.

Existe una tendencia a la adopción de nuevos instrumentos sobre derechos humanos en el sistema, encontrándose actualmente en discusión los proyectos de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y de Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial.

A continuación se tratará específicamente la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención de Belém do Pará. Ello no quiere decir que el resto de instrumentos tengan menos importancia, también deben considerarse para integrar los argumentos e interpretaciones que se ofrezcan en casos concretos sobre derechos de las mujeres. Se priorizan los anteriores por ser el marco general de protección o por la especificidad en materia de protección de derechos de las mujeres.

5.2.1 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Como ya fue señalado, con su adopción (prevista en la Carta de la OEA) se funda el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En la resolución que le da nacimiento, los derechos humanos se consideran como “atributos de la persona humana”. En su texto se consagran,

⁸⁴ Todos los Instrumentos y su estado de ratificaciones pueden ser consultados a través de la página web de la CIDH: www.cidh.oas.org

al igual que en la Declaración Universal, derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos; también, en su segundo capítulo, enuncia deberes para las personas.

El artículo 2 de la Declaración Americana consagra el derecho de igualdad, estableciendo: “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni alguna otra”. En su artículo 7 reconoce el derecho a especial protección de las mujeres durante la gravidez y lactancia, así como los relativos a la infancia.

La Declaración tiene gran importancia, por ser el instrumento que aplica la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a los treinta y cinco Estados Parte de la OEA, hayan o no ratificado la Convención Americana, según los artículos 1.2.b y 20 del Estatuto, y 51 del Reglamento de la CIDH. En una organización en que diez de los treinta y cinco Estados Parte no han ratificado la Convención Americana, esta protección real para todas las víctimas de violaciones de derechos humanos es ciertamente importante⁸⁵.

En su décima opinión consultiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que para los Estados miembros de la OEA, “la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”⁸⁶.

85 De los 35 Estados Parte de la OEA, 25 han ratificado el Pacto y los que no lo han hecho son: Antigua y Barbuda; Bahamas; Belice; Canadá; Cuba; Estados Unidos; Guyana; San Vicente y las Granadinas; y Santa Lucía.

86 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de Julio de 1989. Serie A N10. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, 1989, párr. 45.

5.2.2 La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

Fue aprobada el 22 de noviembre de 1969, en el seno de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos; pero entró en vigor hasta 1978. Así pues, transcurrieron más de diez años para que pudiera ser aplicada por los órganos del sistema. Es un instrumento típico de derechos civiles y políticos, con una referencia general al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26. La Convención fue completada en esta materia por el Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) de 1988, que ya ha entrado en vigor y que brinda herramientas para la mejor protección de esos derechos en el sistema.

Dos artículos resultan claves para comprender el alcance de las obligaciones de los Estados Parte en la Convención: el artículo 1, que se refiere a la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades que la Convención reconoce a todas las personas, sin ningún tipo de discriminación; y el artículo 2, que establece el compromiso de los Estados de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter, que resulten necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por ese instrumento. Los órganos del sistema examinan regularmente estos dos artículos al momento de estatuir sobre la responsabilidad internacional de los Estados Parte, especialmente el artículo 1.1.

El artículo 1.1 tiene particular importancia para los derechos humanos de las mujeres, pues consagra la no discriminación en el disfrute de los derechos que la Convención reconoce, principio también reflejado en los artículos 17, 24 y 27. Como bien señala Medina: "... la no discriminación con base en el sexo -así como con base en raza o religión- es no solamente otro derecho humano, es un principio fundamental, que subyace en el derecho de los derechos humanos en general y en el derecho interamericano

de derechos humanos en particular, en la medida en que negarlo sería negar la existencia misma de este derecho. Esta condición se refleja en la Convención Americana de Derechos Humanos, que impide a los Estados Parte suspenderla aun en tiempos de emergencia”⁸⁷.

5.2.3 La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)

En vigor desde 1995, es el instrumento más ratificado por los Estados del sistema, pero no por ello el más aplicado, ni respetado. En su preámbulo, la Asamblea General de la OEA expresa su preocupación porque “la violencia en que viven muchas mujeres de América es una situación generalizada, sin distinción de raza, clase, religión, edad o cualquier otra condición”. Y los Estados Parte reconocen que “la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”.

Tal y como se señaló anteriormente, esta Convención define en su artículo 1 la violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito de lo público como en el privado”. Al ratificarla, los Estados han aceptado su responsabilidad respecto a la violencia de toda índole que sufre la mujer en cualquier ámbito. Como se dijo, esta ruptura del paradigma entre lo público y lo privado tiene una importancia muy grande para la protección efectiva de los derechos de las mujeres, siendo indicativo de la incidencia de la perspectiva de género en la protección internacional de los derechos humanos.

87 MEDINA, Cecilia, en “Hacia una manera más efectiva de garantizar que las mujeres gocen de sus derechos humanos en el sistema interamericano”, opus cit., p. 16.

Sobre esta Convención, Salvioli expresa que es una “hábil conjugación de los instrumentos y mecanismos típicos de protección a los derechos humanos: por un lado, tipifica y describe el acto, y señala la responsabilidad directa (cuando el Estado comete la violencia) y la responsabilidad indirecta (cuando la violencia es privada y el Estado la consiente o no la castiga). Estipula además acciones preventivas obligatorias para el Estado; y por último, comprende mecanismos para dar trámite a denuncias contra Estados por violación a algunas normas de la Convención”⁸⁸.

Para proteger a las mujeres de la violencia, los Estados Parte asumen una larga lista de deberes, entre los que se encuentran: fomentar la educación social en la igualdad entre mujeres y hombres; adoptar políticas y tomar todas las medidas para hacer efectivas las disposiciones de la Convención, teniendo particularmente en cuenta la situación de las mujeres que se encuentren en situaciones especialmente vulnerables (artículos 7, 8 y 9).

Uno de los mecanismos de protección de la Convención, es el deber de los Estados Parte de presentar informes periódicos para su examen por la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), acerca de los progresos y medidas adoptadas para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres en sus territorios (artículo 10). También se ha previsto la posibilidad de que los Estados Parte y la CIM, soliciten opiniones consultivas sobre la interpretación de la Convención, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículo 11).

Sin duda lo más interesante de los mecanismos previstos, es la posibilidad que se brinda a personas, grupos de personas o entidades no gubernamentales, de presentar ante la

88 SALVIOLI, Fabián, “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Dossier Documentaire, vol. 2, 33 Session d’Enseignement, Institut International des Droits de l’Homme, Estrasburgo (Francia), 2002. p. 193.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), denuncias por presuntas violaciones de los deberes de los Estados Parte contenidos en el artículo 7⁸⁹.

Es más que deseable que las mujeres del continente tengan muy presente esa herramienta y la utilicen para hacer cumplir a sus Estados las obligaciones contraídas para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra la mujer al ratificar la Convención de Belém do Pará. Uno de los objetivos de la experiencia pedagógica fue, precisamente, hacer más cotidiano el uso de esta Convención.

5.3 Los órganos: sus mecanismos y procedimientos

La Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos son los órganos específicos del Sistema Interamericano en materia de derechos humanos. La Asamblea General de la OEA también tiene algunas prerrogativas en la materia, como intervenir en la elección de los miembros de la Comisión y Corte; y aprobar los informes anuales que tales órganos le presentan. En lo referente a los derechos de las mujeres, existe un organismo especializado en la OEA. Se trata de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), sobre la cual se hará referencia posteriormente.

89 Si bien el texto literal del artículo 12 de la Convención de Belém do Pará, solo hace mención a la Comisión, debe interpretarse que la Corte también podría llegar a entender de tales casos. Así lo sostuvo el ex Relator Especial sobre los derechos de la mujer: GROSSMAN, Claudio, en CIDH "Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas", nota final n° 13, p. 1074, en "Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997" (puede consultarse a través de: www.cidh.oas.org). En similar sentido se pronuncia KRSTICEVIC, Viviana en "La denuncia individual ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano de protección", en "Protección Internacional de los Derechos Humanos de la Mujer. I Curso Taller". opus cit., pp.201-202.

5.3.1 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Fue creada en 1959, en la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Santiago de Chile, con funciones esencialmente promocionales. Pero la CIDH comenzó por sí misma a analizar las muchas denuncias de violaciones graves de derechos humanos que le llegaban, por lo que en la II Conferencia Interamericana de Río de Janeiro (1965), sus tareas le fueron ampliadas formalmente para la recepción de comunicaciones individuales. En el año 1967, se aprueba en Argentina un Protocolo de reformas a la Carta de la OEA y la Comisión pasa a ser un órgano principal de esta organización.

Con sede en Washington (EEUU), la Comisión está compuesta por siete personas que actúan a título individual, debiendo tener alta autoridad moral y reconocida trayectoria en derechos humanos. No puede haber más que un nacional del mismo Estado; el período de mandato es de cuatro años, reelegible por una sola vez. Un gran problema de la CIDH es que no funge con carácter permanente y sus integrantes se reúnen solo durante unos pocos períodos de sesiones al año.

Todos los Estados miembros de la OEA están sujetos a la actuación de la Comisión, tanto los que son Parte del Pacto de San José, a los que aplica sus disposiciones, como aquellos que no lo han ratificado. A estos últimos, basando su competencia en la Carta de la OEA, así como en el Estatuto y Reglamento de la propia CIDH, como instrumento sustantivo de derechos humanos, la Comisión les aplica la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Peticiones individuales

La CIDH puede tramitar peticiones individuales⁹⁰, tanto de *motu proprio*, como a petición de parte (artículo 24 del

Reglamento de la CIDH). Así, el artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), establece: “Cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte”.

El artículo 23 del nuevo Reglamento de la Comisión (en vigor desde el 1 de mayo de 2001), hace referencia expresa a otros instrumentos interamericanos, además del Pacto de San José. En concreto, establece que la CIDH puede recibir peticiones referentes a la violación de alguno de los derechos humanos reconocidos en la Declaración Americana; el Protocolo Adicional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; y, conforme a sus respectivas disposiciones, el Estatuto y Reglamento de la Comisión.

El acceso al Sistema Interamericano es uno de los más amplios que existen. A diferencia del sistema europeo y de los mecanismos convencionales de Naciones Unidas, que también tienen previsto el examen de quejas individuales, para dirigir peticiones a la Comisión Interamericana, no es

90 Un detallado análisis de la tramitación de peticiones individuales en el Sistema Interamericano puede encontrarse en KRSTICEVIC, Viviana, “La denuncia individual ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en “Protección Internacional de los Derechos Humanos de la Mujer. I Curso Taller”, opus cit., pp. 185 a 216. Para ver el impacto de las reformas de a los reglamentos, consultar www.cejil.org/gacetitas/13.pdf

preciso acreditar la condición de víctima de la violación de derechos humanos que se alega⁹¹.

Quienes elevan sus peticiones a la Comisión deben cumplir una serie de requisitos formales y sustanciales, como ya examinamos en el ítem relativo a la complementariedad entre la protección nacional e internacional de derechos humanos. Una previsión de importancia para las mujeres, especialmente en casos de menores o de violaciones a la libertad sexual, es la posibilidad de mantener en reserva la identidad frente al Estado, información que debe hacerse constar en la misma petición inicial (artículo 28.b del Reglamento de la CIDH).

Las peticiones se examinan a través de un procedimiento contradictorio que atraviesa las fases de admisibilidad, establecimiento de méritos y fondo, para llegar al Informe Preliminar y, en su caso, al Final de la Comisión. En ellos la CIDH concluye si el Estado en cuestión ha violado algún precepto del marco normativo del Sistema Interamericano, haciéndole recomendaciones para la reparación de las consecuencias (artículos 50 y 51 del Pacto de San José y artículo 43 del Reglamento de la CIDH).

También existe posibilidad de que las partes alcancen un acuerdo amistoso sobre el objeto de la litis, para lo cual la Comisión se pone a disposición de aquellas durante la tramitación de la queja (artículo 49 del Pacto de San José y artículo 41 del Reglamento de la CIDH). Además, es muy importante la posibilidad que tiene la CIDH de dictar medidas

91 Para un estudio comparado de la cuestión en los diferentes sistemas puede consultarse GARCÍA MUÑOZ, Soledad: "La capacidad jurídico-procesal individual en la protección internacional de los derechos humanos. Notas comparativas", en *Relaciones Internacionales*, N° 17, 1999. Edit. IRI, UNLP, La Plata, Argentina. pp. 49 a 68.

cautelares para la protección urgente de los derechos de las personas (artículo 25 de su Reglamento).

A partir de la reforma al Reglamento de la Comisión, las personas usuarias del sistema han dado un paso importante hacia el examen de sus casos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una vez concluido el trámite ante la CIDH. Ello se ha logrado por la nueva redacción del artículo 44 de dicho Reglamento, que objetiva los criterios de la CIDH para el envío de casos a la Corte, que antes eran discrecionales. De esta forma, cuando la Comisión considere que el Estado no ha cumplido con sus recomendaciones -y siempre y cuando el mismo haya reconocido la competencia contenciosa de la Corte-, someterá el caso a la misma, salvo que la mayoría absoluta de la Comisión por decisión fundada acuerde lo contrario⁹².

Como reza dicho artículo: “La CIDH considerará fundamentalmente la obtención de justicia en el caso concreto”, teniendo en cuenta, entre otros, una serie de elementos: la posición de la parte peticionaria; la naturaleza y gravedad de la violación; la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema; el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros; y la calidad de la prueba disponible. Con esta reforma, se posibilita que lleguen más casos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual es muy positivo para el sistema.

92 Puede ampliarse la información sobre la reforma reglamentaria de la CIDH, en MÉNDEZ, Juan, “Consideraciones sobre la reforma al Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en Revista IIDH, Edición Especial “Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, N° 30-31, 2001, Costa Rica, pp.73 a 77.

Comunicaciones interestatales

Llegado el caso, la CIDH puede también examinar comunicaciones entre Estados, pero este mecanismo nunca ha sido empleado. Distinto ha sido en el sistema europeo, en el cual veinte demandas interestatales se han ventilado ya ante el Tribunal de Estrasburgo. Además de la ratificación del Pacto de San José, es necesario que tanto el Estado que denuncia, como el denunciado, realicen una declaración especial aceptando expresamente tal competencia para que la Comisión pueda conocer de una comunicación interestatal (artículo 45 del Pacto).

Informes sobre países

La CIDH también tiene competencia para examinar la situación general de los derechos humanos en determinado país, haciendo visitas *in loco* para recopilar la información que a tal fin precise. Esta función ha sido muy importante, pues ha permitido dar a conocer y actuar sobre gravísimas violaciones de derechos humanos en el continente⁹³.

Es notable como se ha afianzado la práctica de la Comisión de incluir en sus informes un capítulo concreto sobre la situación de los derechos humanos de las mujeres en el país de que se trate, con recomendaciones específicas a los Estados en la materia. Las organizaciones de mujeres juegan un importante papel al momento de suministrar datos a la CIDH, cuando se encuentra realizando sus informes y durante sus visitas *in loco*.

93 IIDH, MÉNDEZ, Juan y COX Francisco (Editores), "El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", artículo de GONZÁLEZ, F. "Informes sobre Países, Protección y Promoción", Costa Rica, 1998, pp. 493 a 513. También en MEDINA, C., "The Role of Country Reports in the Inter-American Human Rights System", en HARRIS, D.J. y LIVINGSTONE, S. (Editors), "The Inter-American System of Human Rights", Edit. Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 115 a 132.

Audiencias especiales

Este tipo de audiencias que celebra la Comisión, constituye una oportunidad significativa para suministrar a ese órgano información acerca de la situación de los derechos o violaciones específicas hacia las mujeres en el continente o en determinado país. Conviene pues procurar que la CIDH las incluya regularmente en su agenda.

Estas audiencias se han celebrado durante los años 2001 y 2002. A lo largo de las sesiones, la CIDH recibió información acerca de la situación de la violencia contra la mujer en las Américas, sobre los derechos de la mujer en general y otros datos sobre casos y peticiones individuales en trámite que tratan dicha problemática. Sobre ello se amplía en el siguiente capítulo.

La Relatoría sobre los Derechos de la Mujer de la CIDH

La Comisión ha creado en su seno varias relatorías a cargo de expertas y expertos individuales, normalmente integrantes de la Comisión, para el examen de diversas temáticas o sujetos de particular interés y necesidad de protección (como pueblos indígenas y poblaciones migrantes).

La Relatoría sobre los Derechos de la Mujer se creó en 1994. El primer Relator fue el Comisionado chileno Claudio Grossman, seguido de la Comisionada guatemalteca Marta Altolaguirre. En la actualidad, la Relatora es la Comisionada peruana Susana Villarán.

El mandato principal de la Relatoría consiste en “analizar e informar en qué medida las leyes y prácticas de los Estados miembros, relacionadas con los derechos de la mujer, observan las obligaciones consignadas en la Declaración

Americana de los Derechos Humanos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁹⁴ .

En el Informe de la Relatoría de 1997, acerca de la Condición de la Mujer en las Américas, se han hecho recomendaciones generales a todos los Estados miembros de la OEA, a varios Estados sobre derechos específicos y a la propia CIDH. La Relatoría aspira a convertirse en Grupo de Trabajo, coordinado por una persona integrante de la Comisión y compuesto por personas expertas; también se propone crear un Fondo Voluntario sobre Derechos de la Mujer; y la adopción de diversas medidas para la promoción y protección de los derechos de las mujeres. Sin duda, la Relatoría juega un papel decisivo en la incorporación de la perspectiva de género a los trabajos de la Comisión, muy especialmente en los capítulos sobre derechos de las mujeres de los informes de país.

La Relatora Especial sobre la Mujer de la CIDH, realizó una visita *in loco* a México el 12 y 13 de febrero de 2002, con el fin de evaluar la situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juárez. La visita se desarrolló a invitación del Gobierno del Presidente Vicente Fox, en atención a previas expresiones de preocupación por diversos representantes de la sociedad civil. En particular, la actividad se centró sobre la alarmante situación de violencia contra la mujer en la citada ciudad, así como la impunidad debido a la falta de identificación de los responsables. Dicha situación fue igualmente objeto de una audiencia ante el plenario de la Comisión, a la que comparecieron representantes de la sociedad civil y del Gobierno mexicano.

Por su trascendencia para las mujeres, es de esperar que este tipo de visitas e informes se conviertan en una práctica

94 CIDH, “Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas”, 1998. Este y otros documentos pueden consultarse en www.cidh.org/women/default.htm

frecuente para la Relatoría y que los Gobiernos de los diferentes Estados Parte del sistema, presten toda la colaboración y apoyo para su realización.

5.3.2 La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Creada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se instaló en San José de Costa Rica en 1979, al poco tiempo de que este instrumento entrara en vigor. Junto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es uno de los dos tribunales internacionales que hasta el momento existen en la materia.

Como le ocurre a la Comisión, la Corte no se desempeña en forma permanente, sino en unos pocos períodos de sesiones al año, de carácter ordinario y extraordinario. Está integrada por siete jueces⁹⁵, nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal a propuesta de los Estados Parte de la Convención, sin que pueda haber dos integrantes de la misma nacionalidad. La elección la realiza la Asamblea General de la OEA, pero solo por los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 53 de la Convención y artículo 9 del Estatuto de la Corte).

La Corte tiene dos grandes competencias: contenciosa o jurisdiccional (artículos 61, 62 y 63 de la Convención); y consultiva (artículo 64 de la Convención).

Competencia contenciosa

Para que la Corte Interamericana pueda atender un caso respecto a un Estado determinado, es necesario que el mismo

⁹⁵ En la Asamblea General de la OEA de 2003, fue electa como jueza de la Corte, la jurista chilena Cecilia Medina, una de las docentes principales del proceso pedagógico.

sea Parte de la Convención y además, que haya realizado una declaración especial aceptando expresamente la competencia contenciosa de la Corte (artículo 62 de la Convención)⁹⁶. De conformidad con las disposiciones de la Convención, únicamente están legitimados para llevar casos ante la Corte, la Comisión Interamericana y los Estados Parte de la Convención, sin que esta segunda posibilidad se haya estrenado aún por ningún Estado⁹⁷.

La víctima o la parte peticionaria no puede pues, dirigir casos ante la Corte Interamericana, una vez finalizado el trámite ante la CIDH: carecen aún de *ius standi* o legitimación activa ante la Corte. Hay tendencia a proseguir las reformas del sistema, algunas de las cuales apuntan a alcanzar el modelo establecido en el sistema europeo, que a partir del Protocolo N° 11, posibilita la entrada de particulares a una instancia jurisdiccional permanente: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹⁸.

Gracias a la reforma del Reglamento de la Corte, sí se ha reconocido pleno *locus standi* a la parte peticionaria durante todas las etapas del proceso; así, las víctimas de violaciones a los derechos humanos y sus representantes gozarán de autonomía procesal, sin depender como antaño

96 De los 25 Estados que han ratificado el Pacto de San José, 19 han aceptado la competencia contenciosa de la Corte.

97 A excepción del primer asunto que llegó a conocimiento de la Corte (Viviana Gallardo vs. Costa Rica), que el propio Estado de Costa Rica le sometió, pero para cuyo entendimiento dicho órgano se declaró incompetente en razón de que el asunto no se había ventilado antes frente a la CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Asunto Viviana Gallardo y Otras"; decisión del 13 de noviembre de 1981; NG 101/81, Serie A. Edit. Secretaría de la Corte, Costa Rica, 1981). El Tribunal Europeo sí ha conocido de asuntos entre Estados.

98 Para consultar un análisis de la reforma al Sistema Europeo, en español, GARCÍA MUÑOZ, Soledad, "El Protocolo 11 al Convenio Europeo: un antes y un después en la protección internacional de los derechos humanos", en Anuario de Derecho. Universidad Austral N° 5; Edit. Abeledo Perrot, Argentina, 1999, pp. 27 a 57.

de la Comisión⁹⁹. El gran problema está dado por la falta de un sistema de ayuda judicial, como tiene el sistema europeo de derechos humanos, que proporcione financiamiento a las personas y entidades no gubernamentales para posibilitar su participación en el proceso; esto especialmente durante las audiencias que se celebran en la sede de los órganos interamericanos, que ocasionan elevados gastos para el traslado y estadía de víctimas, representantes, testigos y peritos. La sociedad civil organizada sigue luchando por eliminar estos impedimentos al acceso real de las personas al sistema, principalmente a través de su participación en las Asambleas Generales de la OEA.

Los casos referidos a peticiones individuales han pasado hasta ahora ante la Corte por varias etapas diferenciadas: Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Es pronosticable que con el notable incremento de trabajo que implica la reforma al Reglamento de la CIDH y del propio Reglamento de la Corte (en vigor desde el 1 de junio de 2001), el procedimiento ante ese órgano se haga más ágil que hasta ahora y esas etapas se condensen.

La reforma mencionada redundará en beneficio de la llegada de casos contenciosos a la Corte Interamericana y, por ende, del enriquecimiento de su jurisprudencia tanto en cantidad, como en diversidad de problemáticas de derechos humanos analizadas en la instancia plenamente jurisdiccional del sistema. Esto resulta especialmente interesante para las mujeres e instaura nuevas expectativas y oportunidades para usuarias y usuarios del sistema.

99 Hay que recordar que en la anterior reforma reglamentaria de la Corte, de 1996, solo se reconoció el *locus standi* de la parte peticionaria en la etapa de reparaciones. Un detallado análisis de la reforma reglamentaria de la Corte, en CANÇADO TRINDADE, Antonio A., "El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): La emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos", en Revista IIDH, Edición Especial "Fortalecimiento del Sistema Interamericano...", opus cit. pp. 45 a 71.

Por último, cabe señalar que los fallos de la Corte Interamericana son definitivos e inapelables, aunque la Corte puede interpretarlos en caso de desacuerdo sobre su sentido y alcance, a solicitud de cualquiera de las partes (artículo 67 de la Convención). En su sentencia sobre el fondo, la Corte se pronuncia sobre la violación de algún derecho consagrado en la Convención Americana. De constatarse la responsabilidad estatal, la Corte fija los términos de esa responsabilidad delimitando su alcance y ordena posteriormente las medidas de reparación adecuadas.

Desde los primeros casos hondureños, la Corte ha entendido que para reparar el daño causado por la infracción de una obligación internacional, se hace necesaria la *restitutio in integrum*; esta conlleva: restablecer la situación anterior a la violación; reparar las consecuencias producidas por la misma; el pago de una indemnización por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, incluyendo el daño moral; y tomar medidas que garanticen la no repetición de la violación de derechos probada¹⁰⁰.

Competencia consultiva

La competencia consultiva de la Corte se encuentra establecida en el artículo 64 de la Convención Americana, que dice así:

“1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados

100 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 21 de julio de 1989, párr. 26.

Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.”

Esta atribución es la más amplia de todo el panorama internacional, en comparación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal Internacional de Justicia, que también tienen esta competencia. Hasta el momento la Corte ha emitido dieciocho Opiniones Consultivas, que son de vital importancia para conocer el alcance de los derechos que se consagran en el sistema¹⁰¹. En relación con la no discriminación de las mujeres, se recomienda la lectura de la cuarta Opinión Consultiva de la Corte, ya referida con anterioridad.

La competencia de la Corte en la materia se ha visto aumentada, tal como vimos, por las disposiciones de la Convención de Belém do Pará. Aún no se ha solicitado ninguna opinión consultiva por la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), ni por ningún Estado Parte, pero no faltan materias sobre las que la Corte podría pronunciarse en interpretación de esa Convención. Es una posibilidad para el movimiento de mujeres del continente, sugerir temas de su interés a la CIM para que la Corte se pronuncie.

5.3.3 La Comisión Interamericana de Mujeres (CIM)

Este organismo especializado de la OEA, nació antes de la fundación misma de la Organización, en 1928. Es el

101 Un estudio de la función consultiva de la Corte Interamericana, puede consultarse en FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos...”, opus cit., pp. 424 a 450. El texto de las opiniones puede consultarse en la página web de la Corte: www.corteidh.ed.cr

primer precedente mundial de institución intergubernamental con el mandato de velar por los derechos civiles y políticos de las mujeres¹⁰². Actualmente la CIM está integrada por una delegada de cada Estado miembro de la OEA.

Desde su creación, ha impulsado la elaboración de instrumentos internacionales en favor de los derechos de las mujeres, jugando un papel clave en la adopción de la Convención Interamericana sobre Nacionalidad de la Mujer, la relativa a la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer, así como la Convención Interamericana sobre Concesión de Derechos Civiles a la Mujer. Igualmente, fue responsable de la presentación y redacción del proyecto de la Convención de Belém do Pará, que como ya vimos, le confiere la atribución de examinar informes estatales sobre la prevención, erradicación y sanción de la violencia que sufren las mujeres en su jurisdicción; y también la de solicitar a la Corte Interamericana opiniones consultivas.

Ha emitido numerosos informes y documentos que son de interesante consulta y estudio para las organizaciones que trabajan los derechos humanos de las mujeres sobre diversas temáticas: violencia contra las mujeres en las Américas; tráfico de mujeres y menores con fines de explotación sexual; género y administración de justicia, entre otros. Cada año rinde un informe a la Asamblea General de la OEA sobre sus actividades.

102 Acerca de la CIM y de los informes y documentos que ha producido, referirse a su página web: www.oas.org/cim/defaults.htm

5.4 Para recordar

- El Sistema Interamericano cuenta con un vasto marco normativo para la protección de las mujeres del continente. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana de Derechos Humanos, contienen disposiciones relativas a la igualdad y no discriminación que sirven a ese propósito.
- La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), genera obligaciones a los Estados Parte en relación con todo tipo de violencia que sufren las mujeres, tanto en el ámbito público, como en la esfera privada.
- La CIDH elabora informes sobre países, en los que regularmente incluye un capítulo sobre la situación de los derechos de las mujeres. Es muy importante que las organizaciones de mujeres le suministren toda la información que consideren de relevancia, en el marco de visitas *in loco* o de audiencias especializadas.
- La Relatoría Especial sobre la Mujer de la CIDH, juega un importante papel en el seno de este órgano para la incorporación de la dimensión de género a su trabajo, así como para la protección efectiva de los derechos humanos de las mujeres.
- En el ámbito de la OEA existe la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), con atribuciones de control de la Convención de Belém do Pará: examen de informes estatales; y solicitud de opiniones consultivas a la Corte Interamericana. Es recomendable que las organizaciones que trabajan por los derechos de las mujeres le dirijan informes,

para complementar así los que presentan sus Gobiernos; también lograr que la CIM haga uso de su posibilidad de solicitar opiniones consultivas.

- Ante la CIDH cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental, puede presentar peticiones individuales sobre la violación de los derechos humanos consagrados en el marco normativo de derechos del Sistema Interamericano.
- La reforma reglamentaria de la Comisión y la Corte, brinda nuevas oportunidades de hacer justicia para las mujeres en el Sistema Interamericano, a fin de lograr el mayor número de sentencias posibles de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las violaciones específicas de derechos humanos que sufren las mujeres en el continente.

LECTURA 2

Tomada de: Soledad García Muñoz, "La progresiva generización de la protección internacional de los derechos humanos", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 2, 2001, 33 pp., disponible en <www.reei.org>, página consultada el 30 de junio de 2010.

LA PROGRESIVA GENERIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Soledad García Muñoz*

“A mis hermanas, Lucía e Irene”

“ Pero ¿basta con cambiar las leyes, las instituciones, las costumbres, la opinión y todo el contexto social para que hombres y mujeres se conviertan verdaderamente en semejantes?”

Simone de Beauvoir¹

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. GÉNERO, PERSPECTIVA DE GÉNERO Y DERECHOS HUMANOS. III. LA POSITIVIZACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LA MUJER. EL RETO DE LA EFECTIVA PROTECCIÓN. IV. LA PROGRESIVA “GENERIZACIÓN” DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. V. ALGUNAS CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Muchas son las personas que destacan como una de las improntas del siglo XX la ascensión de la mujer en la conquista de sus derechos, y tildan al que comienza como el siglo de las mujeres². Nos basta mirar hacia el resto de historia de la humanidad para darnos cuenta de que, efectivamente, en relación con el reconocimiento de tales derechos, nunca se ha vivido un proceso tan vertiginoso como el que conocemos desde hace unos cincuenta años.

* Abogada; Profesora de Derecho Internacional Público (Universidad Nacional de La Plata, UNLP); Miembro del Departamento de Derechos Humanos del Instituto de Relaciones Internacionales (UNLP); Consultora externa del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH).

© Soledad García Muñoz. Todos los derechos reservados.

¹ DE BEAUVOIR, Simone, *El Segundo Sexo*, Editorial Sudamericana (Edición 50º Aniversario), Buenos Aires, 1999, p.718.

² Por ejemplo, CAMPS, Victoria dice: “ El siglo XXI será el siglo de las mujeres. Ya nadie detiene el movimiento que ha constituido la mayor revolución del siglo que ahora acaba (...)”, en *El siglo de las mujeres*, Edit. Cátedra, Universitat de València, Instituto de la Mujer, Colección Feminismos, Segunda Edición, 1998, p.9.

Es claro que queda un largo y arduo camino por recorrer para que las conquistas jurídicas se reflejen en los hechos, en la vida cotidiana de todas las mujeres del mundo, con independencia de su edad, radicación geográfica, condición económica, social y cultural, o cualquier otra. Pero también es seguro que los logros jurídicos, en sede nacional e internacional, son cimientos imprescindibles en la construcción del mundo compartido que deseamos, y es por ello que en nuestro estudio vamos a tratar de analizarlos, concretamente los acaecidos en el espectro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

A través de estas páginas, pretendemos demostrar cómo la tendencia progresiva de las mujeres hacia el pleno reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos humanos que como persona le son inherentes, es irreversible. También cómo esa indiscutible vocación está marcada por un concepto fundamental, el de género, que paulatinamente informa toda la órbita de protección de los derechos humanos, tanto en el terreno normativo, como institucional, y en los propios mecanismos de control creados para la salvaguarda de los derechos reconocidos en los diversos instrumentos internacionales.

En nuestro título acuñamos el término “*generización*”, a través del cual pretendemos condensar en una sola palabra el fenómeno de transversalidad o impregnación de la temática analizada (la protección internacional de los derechos humanos), por el género como concepto y perspectiva de análisis.

En cuanto a la nota de progresividad, forzosamente habremos de referirnos al valioso aporte doctrinal de Pedro Nikken, quien la define como: “tendencia manifiesta que se observa en la protección internacional de los derechos humanos hacia la expansión de su ámbito de modo continuado e irreversible, tanto en lo que se refiere al número y contenido de los derechos protegidos como por lo que toca a la eficacia y el vigor de los procedimientos en virtud de los cuales los órganos de la comunidad internacional pueden afirmar y salvaguardar su vigencia”³

II. GÉNERO, PERSPECTIVA DE GÉNERO Y DERECHOS HUMANOS. ALGUNAS PREMISAS CONCEPTUALES

Como adelantábamos, si hay un concepto clave en toda la cuestión que proponemos es el de género. Por ello que de partida queremos reflejar algunas de las definiciones que sobre el mismo se han efectuado.

³ Cfr. NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos: Su desarrollo progresivo*, Edit. IIDH y Civitas, Madrid, 1987, p. 309.

El concepto género se explica por oposición al de sexo; así, mientras el sexo se determina biológicamente, el género es una construcción histórica⁴.

Ya la preclara Simone de Beauvoir señalaba en su cincuentenaria obra: “Es preciso volver a repetir una vez más que, en la colectividad humana, nada es natural, y que, entre otras cosas, la mujer es un producto elaborado por la civilización (...). La mujer no es definida ni por sus hormonas ni por sus misteriosos instintos, sino por el modo en que, a través de conciencias extrañas, recupera su cuerpo y sus relaciones con el mundo (...)”⁵.

En la misma línea, Alda Facio nos ofrece una definición acabada de género, cuando dice: “En realidad, el género en el sentido de “*gender*” o género sexual, hace referencia a la dicotomía sexual que es impuesta socialmente a través de roles y estereotipos, que hacen aparecer a los sexos como diametralmente opuestos. Es así que a partir de una exagerada importancia que se da a las diferencias biológicas reales, se construyen roles para cada sexo. Peor aún, las características con que se define a uno y otro sexo gozan de distinto valor y legitiman la subordinación del sexo femenino, subordinación que no es dada por la naturaleza. Es decir, mientras que el concepto de “sexo” podría afirmarse que es fisiológico, el de género es una construcción social. Esta distinción es muy importante, ya que nos permite entender que no hay nada de natural en los roles y características sexuales y que por lo tanto pueden ser transformados.”⁶

Sentado el concepto de género, y a partir del mismo, nos ocuparemos ahora del significado del término perspectiva de género. Para hacerlo acudiremos a Marcela Lagarde, cuando explica: “La perspectiva de género permite analizar y comprender las características que definen a las mujeres y a los hombres de manera específica, así como sus semejanzas y diferencias. Esta perspectiva de género analiza las posibilidades vitales de las mujeres y los hombres: el sentido de sus vidas, sus expectativas y oportunidades, las complejas y diversas relaciones sociales que se dan entre ambos géneros, así como los conflictos institucionales y cotidianos que deben enfrentar y las maneras en que lo hacen”⁷.

Con base en lo expuesto, se hace innegable reconocer que el concepto mismo de género y la perspectiva de género como categoría de análisis, son más que necesarios para la debida comprensión de los derechos humanos, y por supuesto para su protección. Porque, como afirman Gilda Pacheco y Juan Méndez: “El género no es un

⁴ Cfr. NAVAS, M^a Candelaria, “Conceptualización de género”, en VVAA, *Sobre patriarcas, jerarcas, patronos y otros varones. (Una mirada género sensitiva del derecho)*, Edit. Rosalía Camacho y Alda Facio, Programa Mujer, Justicia y Género, ILANUD, 1993, p.3.

⁵ Cfr. DE BEAUVOIR, Simone, *El Segundo Sexo*, op. cit., p. 718-719.

⁶ Cfr. FACIO MONTEJO, Alda, *Cuando el género suena cambios trae. (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*, Edit. ILANUD, 1992, p. 54.

⁷ Cfr. LAGARDE, Marcela, *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*, Edit. HORAS (2^a edición), Madrid, 1997, p. 15.

tema separado, es un enfoque que enriquece el diagnóstico de una situación, visualiza inequidades entre hombres y mujeres y abre caminos para su superación”. Y además: “(...) la equidad de género es intensamente democratizante, construye poder social para el desarrollo, y por lo tanto es inherente a cualquier objetivo humano superior, como la lucha contra la pobreza o cualquier otro que nuestra conciencia demanda”⁸.

No podemos dejar de destacar también en este punto tres paradigmas *biantinómicos*, que se relacionan estrechamente con la cuestión analizada. Ahora sólo los dejaremos enunciados, pero serán abordados, de manera más o menos explícita, a lo largo de nuestro estudio; nos referimos a: 1.- universalidad/particularidad de los derechos humanos; 2.- igualdad/reconocimiento de la diferencia; 3.- público/privado⁹. Las tres premisas han de ser reformuladas a la luz de los conceptos antes definidos, y como veremos, el derecho internacional de los derechos humanos lo está haciendo de manera progresiva.

Es a partir del conjunto de consideraciones-guías hasta aquí desarrolladas, que vamos ya a adentrarnos en el nudo de nuestro trabajo: partiremos por examinar el estado de positivización internacional de los derechos de la mujer, tanto a nivel genérico como específico; seguidamente constataremos los esfuerzos institucionales que se vienen llevando a cabo para incluir la dimensión género en las actividades y funcionamiento interno de diversas organizaciones internacionales, también en algunos órganos internacionales de control de derechos humanos, y en otros tipos de entidades. Todo ello nos permitirá arribar a algunas conclusiones, a modo de balance de la situación actual de lo que denominamos “*generización*” de la protección internacional de los derechos humanos.

III. LA POSITIVIZACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LA MUJER. EL RETO DE LA EFECTIVA PROTECCIÓN.

A. Ciertas precisiones de interés

Con el título de este acápite estamos haciendo referencia a la consagración de derechos humanos de la mujer en instrumentos internacionales que, bien en sede universal, bien en el ámbito regional, son cada vez más de naturaleza específica y reflejo de la evolución histórica en materia de derechos humanos. Concretamente del proceso de especificación, que es definido por Gregorio Peces-Barba como avance

⁸ Cfr. MÉNDEZ, Juan E. y PACHECO, Gilda, “ El desarrollo de proyectos en derechos humanos con perspectiva de género”, ponencia presentada en el XVII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos “Emilio F. Mignone”, organizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), del 14 al 25 de junio, en San José de Costa Rica, p.8.

⁹ Seguimos la clasificación y nomenclatura recogida en VVAA, *Lineamientos para la integración de la perspectiva de género en los organismos de la Federación Iberoamericana de Ombudsmán*, Edit. IIDH, Red de las Defensorías de Mujeres y CUE, Lima (Perú), 1998, Módulo 1, pp. 8 a 13.

del historicismo sobre el racionalismo, partiendo de “la idea de considerar a los derechos más vinculados a las personas concretas de sus titulares”¹⁰.

Es interesante destacar, con el referido autor, cómo los derechos de la mujer nacen en la esfera de la “pretensión moral justificada y luego en el Derecho positivo para que la mujer alcance los mismos niveles del hombre en algunos derechos concretos, vinculados a la familia, al trabajo y a sus condiciones y a la participación política principalmente. Los derechos de la mujer dejarán de existir, en esa especificación propia, cuando se alcancen –o si se alcanzan– niveles sustanciales del valor igualdad y suponen una prolongación del proceso de generalización”¹¹.

Efectivamente, que la igualdad sea cada día más real es imprescindible para que dejemos un día de hablar de los derechos de la mujer en el sentido actual, específico por proveniente de las más groseras violaciones a los mismos. Pero esa igualdad ha de ser también repensada con una mirada de género, y descartando de una vez por todas su contenido androcéntrico.

En esa línea de pensamiento Alda Facio, en un brillante estudio sobre la igualdad ante la ley, expone: “(...) los hombres son tan diferentes y tan semejantes a nosotras las mujeres, como nosotras somos diferentes y semejantes a ellos. Ninguno de los sexos debería ser el parámetro o paradigma de lo humano porque ambos, mujeres y hombres, somos igualmente humanos”¹².

Siguiendo a dicha autora afirmamos la idea de que si bien el valor igualdad es necesario, también lo es, y lo ha de integrar, el de la diferencia.

B. Algunas referencias a los instrumentos genéricos internacionales de derechos humanos

El derecho de igualdad ante la ley, junto con la prohibición de la discriminación, han sido plasmados en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos de naturaleza genérica. Esos preceptos son sin duda una conquista, y un baluarte para la defensa de los derechos de la mujer; pero con el tiempo se han demostrado insuficientes y la tendencia es a la sensibilización de los nuevos instrumentos internacionales sobre derechos humanos (declaraciones, convenciones,

¹⁰ Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Edit. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 181. El autor refiere cómo los derechos de la mujer son el claro exponente del proceso de especificación, sobre la base de “una condición social o cultural de personas que se encuentran en situación de inferioridad en las relaciones sociales y que necesitan una protección especial, una garantía o una promoción para superar la discriminación, el desequilibrio o la desigualdad.”

¹¹ *Ibidem*.

¹² Cfr. FACIO MONTEJO, Alda, “El principio de igualdad ante la ley”, ponencia expuesta durante el acto conmemorativo del “50º Aniversario del reconocimiento constitucional de la condición de ciudadanas de las mujeres costarricenses y de su derecho a elegir y a ser electas”, en San José de Costa Rica, el 17 de junio de 1999, p.7.

resoluciones, documentos emanados de Conferencias Mundiales...), en aras de reconocer la especificidad de las mujeres como sujetas de esos derechos, tomando en cuenta la construcción social del género, y reconduciendo esa construcción por el camino de una igualdad real que no desprecie las diferencias.

Y es que, como tenemos dicho: “En los dos niveles de protección internacional de los derechos humanos: universal (en el seno de Naciones Unidas) y regional (en organizaciones de tipo regional, como la Organización de Estados Americanos, el Consejo de Europa, la Organización de la Unidad Africana...) encontramos instrumentos normativos y, en su caso, mecanismos de protección, que nos ofrecen posibilidades, mayores o menores, de exigir a los gobiernos sus responsabilidades en materia de igualdad entre sexos”¹³.

Al margen de estas consideraciones generales, vamos a prescindir en nuestro desarrollo de un análisis profundo de las normas de los instrumentos universales y regionales de derechos humanos que consagran principios tales como la igualdad y la no discriminación, o que incluso reconocen algún derecho específico a la mujer (sobre todo en relación con la maternidad y el matrimonio). Sólo vamos a dejar tales preceptos enunciados, más de manera ejemplificadora, que taxativa.

1. Naciones Unidas

En su órbita encontramos dos tipos de textos jurídicos: los que podríamos denominar instrumentos *stricto sensu*, es decir, declaraciones y convenciones sobre derechos humanos; pero también un conjunto de documentos emanados de Conferencias Mundiales, que muchas veces presentan un fuerte contenido de derechos humanos y reflejan específicamente derechos de la mujer. De ambos tipos de textos enunciaremos someramente los preceptos más significativos para nuestro objeto de estudio.

a) Instrumentos *stricto sensu*

Cabe destacar algunos artículos de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**¹⁴, a saber: artículos 1 y 2 (igualdad y no discriminación); artículo 7 (igualdad ante la ley); y artículo 25.2 (atención especial de la maternidad y la infancia).

El calificativo “Humanos”, que comprende el título de la Declaración, ya fue toda una conquista de algunas mujeres que, al momento de adoptarse dicho

¹³ Cfr. GARCÍA MUÑOZ, Soledad, “Algunas consideraciones sobre la protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales de la mujer”, en obra colectiva *Mujer y Pobreza*, Edit. Centro Integral de la Mujer, el Niño y el Joven (CIM), La Plata, Argentina, 1999, p. 56.

¹⁴ Promulgada el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de la ONU.

instrumento, integraban delegaciones gubernamentales ante la Organización¹⁵ (entre ellas, Eleanor Roosevelt), las cuales impidieron que se utilizase el genitivo “del Hombre” en su denominación oficial.

También en el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**¹⁶ caben mencionar los siguientes preceptos: artículo 2.1. (no discriminación en el disfrute de los derechos reconocidos por el Pacto); artículo 3 (igualdad en el goce de los derechos que el Pacto reconoce por mujeres y hombres); artículo 4.1 (no discriminación al establecer limitaciones a los derechos en estados de excepción); artículo 6.5 (no aplicación de la pena de muerte a mujeres en cinta); artículo 23.4 (igualdad de los esposos en el matrimonio); y artículo 26 (igualdad ante la ley y no discriminación).

Cabe también referir el **Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales**¹⁷, principalmente en su artículo 2.2. (no discriminación en el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto); artículo 3 (igualdad de mujeres y hombres en el goce de los derechos que consagra); artículo 7 (no discriminación de la mujer en cuanto a condiciones satisfactorias y equitativas de trabajo); y artículo 10.2 (especial protección a las madres).

Por último, mencionar el **Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)**, sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 1958¹⁸. En su artículo 1, establece que, a los efectos del Convenio, se considerará discriminación: “a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.”

b) Documentos emanados de Conferencias Mundiales

Como decíamos, en Naciones Unidas se vienen celebrando Conferencias Mundiales sobre distintos temas, sobre todo durante la década de los noventa. Con

¹⁵ Cfr. VVAA, *Lineamientos para la integración...*, op. cit., p. 1 del Módulo 2. Es dable señalar que la versión francesa de la Declaración Universal no corrió la misma suerte, pues se denomina “*Déclaration Universelle des Droits de l’Homme*”. Hay una importante corriente que aboga por el cambio de denominación en dicha versión y el empleo de “*Droits Humains*”.

¹⁶ Aprobado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976 (140 ratificaciones).

¹⁷ Adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 3 de enero de 1976 (137 ratificaciones).

¹⁸ Concretamente, fue adoptado en Ginebra, el 4 de junio de 1958.

acierto, Fabián Salvioli denomina a este fenómeno “diplomacia de las megaconferencias”¹⁹.

De esas Cumbres emanan documentos que por su contenido, altamente consensuado entre los Estados y muchas veces referido a la materia de derechos humanos, cada vez van a ser más importantes para la defensa de éstos.

Por exceder de nuestro propósito, no nos referiremos pormenorizadamente a cada una de las Conferencias Mundiales; simplemente enumeraremos las que tuvieron lugar en la década de los 90 del siglo XX, y destacaremos algunos de los documentos (Declaraciones y Planes de Acción) en ellas adoptados, para ejemplificar la cada vez mayor atención que esas reuniones prestan a los problemas específicos de la mujer a nivel mundial, así como a los medios para su solución. Sin duda esta presencia de la cuestión mujer en las “megaconferencias” no es fortuita, sino fruto del enérgico trabajo de muchas organizaciones no gubernamentales que presionan y sensibilizan en la materia a los Gobiernos del mundo.

Enunciadas, las Cumbres o Conferencias Mundiales celebradas en los años noventa son: **Cumbre Mundial en Favor de la Infancia** (Nueva York, 1990); **Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo** (Río de Janeiro, 1992); **Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos** (Viena, 1993); **Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo** (El Cairo, 1994); **Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social** (Copenhague, 1995); **Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer** (Pekín, 1995); **Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos** (Estambul, 1996); **Cumbre Mundial sobre la Alimentación** (Roma, 1996); y **Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional** (Roma, 1998).

A título de ejemplo, encontramos referencias explícitas a la situación y derechos de la mujer en los siguientes instrumentos²⁰: **Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño**²¹; **La Carta de la Tierra: Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo**²²; **Programa de**

¹⁹ Vid SALVIOLI, Fabián, “Los Derechos Humanos en las Conferencias Internacionales de la última década de Siglo XX”, en *Las Grandes Conferencias Mundiales de la Década de los '90 Las bases para la construcción de una Comunidad Internacional* (Tomo I), Edif. IRI, UNLP, y PNUD, La Plata (Argentina), 1999, p. 12. También en los dos tomos de dicha obra se pueden consultar los textos de todas las cumbres mundiales que citamos.

²⁰ Un pormenorizado análisis de la cuestión puede encontrarse en SALVIOLI, Fabián, “ Los Derechos Humanos en las Conferencias Internacionales...”, *op. cit.* pp. 30 a 34.

²¹ Vid Puntos 9 a 17 y 20.k. de la Declaración Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño.

²² Vid Principio 20 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

Acción de El Cairo²³; **Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social**²⁴, **Programa de Acción de Copenhague**²⁵; **Declaración de Estambul sobre los Asentamientos Humanos**²⁶; **Programa de Hábitat II**²⁷; **Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial**²⁸; y **Plan de Acción de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación**²⁹.

Para concluir este apartado no podemos dejar de subrayar que la **Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos** fue decisiva en los avances respecto al reconocimiento por los Gobiernos de los derechos de la mujer³⁰, al admitirse por los mismos que: *“Los derechos humanos de la mujer y la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. (...)”*³¹

2. Organización de los Estados Americanos

Reseñaremos la **Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre**³², en su artículo II (igualdad ante la ley y no discriminación); y artículo VII (protección a la maternidad y a la infancia).

En lo que respecta a la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**³³, han de destacarse el artículo 1.1 (no discriminación); artículo 17.4 (igualdad de derechos de los cónyuges), artículo 24 (igualdad ante la ley); y artículo 27.1. y 2. (prohibición de discriminación por disposiciones de suspensión de garantías, e insusceptibilidad de, entre otros, el artículo 17).

Para finalizar, en el **Protocolo de San Salvador**³⁴, relativo a derechos económicos sociales y culturales, caben subrayarse el artículo 3 (obligación de no discriminación); artículo 6.2 (compromiso de los Estados Partes a ejecutar y

²³ Vid Programa de Acción de El Cairo, Capítulo II, Principios 4 y 10; Capítulo IV; Puntos 4.1 a 4.27; Capítulo VII. B. Puntos 7.12 a 7.26; Capítulo VII.D.Punto 7.35; y Capítulo VIII.C.Puntos 8.19 a 8.27. Ver también Agenda 21: Sección I, Capítulo V.

²⁴ Vid Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social; Punto 26. o y s; y Punto 29 Quinto Compromiso y Sexto Compromiso.

²⁵ Vid Programa de Acción de Copenhague; Capítulo I, Punto 15.f.; Capítulo II, Puntos 28.b y 38.j; Capítulo III, Puntos 55.f y 56 a, b, c, d, y e.; Capítulo IV, C Punto 73.d.

²⁶ Vid Declaración de Estambul sobre los Asentamientos Humanos; 7 y 12.

²⁷ Vid Programa de Hábitat; Puntos 15; 46; 78; 86.g.; 119.b.,e.,h.,i.,k.; y 136.f.

²⁸ Vid Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial, Párrafo V.

²⁹ Vid Plan de Acción de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial, Punto 16.1.3..

³⁰ El Programa de Acción de Viena contiene toda una sección titulada: “La igualdad de condición y los derechos humanos de la mujer” (Vid Programa de Acción de Viena, I.B.3., Puntos 36 a 44).

³¹ Declaración de Viena, Punto 18; y Programa de Acción de Viena, Punto 22. Sobre la cuestión mujer vid también Puntos 36 a 44.

³² Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948.

³³ Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor el 18 de julio de 1978 (25 ratificaciones).

³⁴ Suscrito por la Asamblea General de la OEA, San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988. Pendiente de una ratificación para su entrada en vigor.

fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo); artículo 9.2. (derecho a que la seguridad social cubra licencia retribuida por maternidad antes y después del parto); y el artículo 15.3.a (atención y ayudas especiales a la madre)³⁵.

3. Consejo de Europa

En el **Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales**³⁶, destaca el artículo 14 (prohibición de discriminación). Pero dicho precepto no tiene en la actualidad un carácter autónomo, sino interdependiente, conexo o accesorio respecto de otros derechos protegidos en el Convenio Europeo; siendo contadas las excepciones de interpretación separada de este precepto por los órganos de control del mismo³⁷. En breve está prevista la adopción del Protocolo n° 12 al Convenio Europeo, con el objeto de reforzar la cláusula antidiscriminatoria contenida en dicho artículo 14.

También sirva reseñar el **Protocolo 7** a dicho Convenio³⁸, en su artículo 5 (igualdad de derechos y obligaciones entre cónyuges).

De otra parte, la **Carta Social Europea**³⁹, particularmente en los artículos 4.3. (derecho a igual salario entre trabajadoras y trabajadores por trabajo de igual valor); artículo 8 (protección de la maternidad y de la mujer en el trabajoderechos de la mujer por maternidad); artículo 17 (derecho de la mujer y la infancia a una protección social y económica.

Asimismo, el **Protocolo Adicional a la Carta Social Europea**⁴⁰, cuyo artículo 1 consagra el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia laboral y profesional, sin discriminación fundada en el sexo. El mismo derecho se contiene también en el artículo 20 de la **Carta Social Europea Revisada**⁴¹.

³⁵ Es dable señalar que este Protocolo, claramente inspirado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no ha seguido el ejemplo de este último, que como veíamos en su artículo 7 reconoce expresamente la no discriminación de la mujer en relación a las condiciones de trabajo. El Protocolo de San Salvador ha optado por las fórmulas genéricas: “toda persona”, “sin distinciones” y “todo trabajador”, a lo largo de su artículo 7, referido también a las condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo.

³⁶ Adoptado en Roma, el 4 de Noviembre de 1950 (41 ratificaciones), cuenta a la fecha con once Protocolos.

³⁷ Para un análisis de la aplicación del artículo 14 del Convenio Europeo por la Comisión y el Tribunal Europeos de Derechos Humanos vid: JIMENA QUESADA, Luis, *La Europa Social y democrática de Derecho*, Edit. Dyckinson, Madrid, 1997, pp. 197 a 206.

³⁸ Hecho en Estrasburgo, el 22 de Noviembre de 1994 (25 ratificaciones).

³⁹ Adoptada en Turín, el 18 de octubre de 1961 (24 ratificaciones).

⁴⁰ Hecho en Estrasburgo, el 5 de mayo de 1988 (10 ratificaciones).

⁴¹ Adoptada en Estrasburgo, el 3 de mayo de 1996 (5 ratificaciones).

C. Instrumentos jurídicos internacionales específicos sobre derechos de la mujer

Nos adentraremos más profundamente en el marco normativo del Sistema Universal de protección de los derechos humanos, y en el Sistema regional Interamericano; ellos son los que, en el panorama mundial, se han dotado de los instrumentos internacionales específicos sobre mujer de mayor vinculatoriedad. En el Consejo de Europa existen varios textos adoptados sobre el particular⁴², pero no vamos a detenernos en ellos en el presente acápite. Sin embargo, sí referiremos la legislación más importante adoptada en la materia en el seno de la Unión Europea, por su mayor enorme grado de aplicatoriedad a los Estados miembros de la misma.

1. Naciones Unidas

Dejaremos primero enunciados instrumentos adoptados en materia de derechos de la mujer, para pasar al análisis del tratado más significativo en la materia: la **Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer**; así como para dar un tratamiento separado a las Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que reconocen derechos a la mujer trabajadora.

Otros instrumentos son: la **Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer**⁴³; la **Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada**⁴⁴; y por último la **Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer**⁴⁵, que pese a su falta de naturaleza vinculante es un peldaño importante para la futura adopción de una convención en la materia de carácter universal.

a) La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁴⁶ (CEDAW, en adelante)

Es una Convención exitosa, pues cuenta con un alto número de ratificaciones; pero también tiene muchas reservas, lo cual preocupa a su mismo órgano de control (el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer)⁴⁷, y fue destacado en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en 1995 en Beijing⁴⁸.

⁴² Vid CONSEIL DE L'EUROPE, "Recueil de textes adoptés au niveau international concernant la démocratie et l'égalité entre les femmes et les hommes". Document d'information établi par la Direction des Droits de l'Homme Núm.: EG (97)5, Conseil de l'Europe, Strasbourg, mai 1997, 49 pp.

⁴³ Adoptada el 20 de diciembre de 1952, entró en vigor el 7 de julio de 1954 (111 ratificaciones).

⁴⁴ Aprobada el 20 de febrero de 1957, entró en vigor el 11 de agosto de 1958 (66 ratificaciones).

⁴⁵ Promulgada en el mes de diciembre de 1993 (Resolución. 48/104 de la Asamblea General de Naciones Unidas).

⁴⁶ Aprobada el 18 de diciembre de 1979, entró en vigor el 3 de septiembre de 1981 (163 ratificaciones).

⁴⁷ Vid COMITÉ DE LA CEDAW, Recomendación General Núm. 20 (XI) de 1992, del Comité de la CEDAW, "Reservas formuladas en relación con la Convención".

⁴⁸ Vid "Declaración y Plataforma de Acción de Pekín", párrafo 230 (c). Se pide a los Estados que revisen periódicamente las reservas a la CEDAW, con miras a retirarlas.

En su artículo 1, la CEDAW define la discriminación contra la mujer como *“toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”*.

Alda Facio destaca la enorme importancia de dicha definición con base en tres razones fundamentales: 1ª.- la discriminación es entendida como resultado, no sólo como propósito, de tal forma que una acción, ley o política sin intención de discriminar puede ser discriminatoria si ese fuera su efecto; 2ª.- es la definición que se incorpora a la legislación interna de los países ratificantes; 3ª.- no plantea una división entre la discriminación que se produce en el ámbito público y en el privado, sino que comprende ambos, lo cual es claro cuando se establece: “en cualquier otra esfera”⁴⁹.

La Convención exige a los Estados partes condenar cualquier tipo de discriminación, y adoptar medidas legislativas en aras de erradicarla, así como reformas de índole política, social, económica y cultural, tendentes a asegurar la igualdad real entre hombres y mujeres.

El órgano de control de la CEDAW es como señalábamos el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer. Está compuesto por 23 expertos/as de gran prestigio moral y competencia en la materia propia de la Convención; si bien son elegidos por los Estados partes entre sus nacionales, ejercen sus funciones a título personal, debiéndose tener en cuenta los criterios de distribución geográfica equitativa, representación de las diversas formas de civilización y los principales sistemas jurídicos⁵⁰.

En la redacción de la Convención sólo se dio competencia a dicho Comité para el examen de informes que, periódicamente, le someten los Estados por intermedio del Secretario General de la ONU, acerca de las medidas de cualquier índole que se adopten internamente para hacer efectiva la CEDAW, así como los avances que en tal sentido se realicen⁵¹. A partir de la revisión, durante sus dos períodos anuales de sesiones, de los informes y datos recibidos de los Estados, el Comité puede hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general, debiendo informar anualmente a la Asamblea General de la Organización acerca de sus actividades⁵².

⁴⁹ Seguimos a FACIO MONTEJO, Alda, en “El principio de igualdad...”, *op. cit.*, p. 8.

⁵⁰ Cfr. art. 17 CEDAW.

⁵¹ *Idem*, art. 18.

⁵² *Idem*, art. 21.

Al margen de esta competencia del Comité, se ha previsto en la CEDAW la posibilidad de que, surgida una controversia entre Estados acerca de su aplicación o interpretación, ésta se pueda someter al arbitraje, a pedido de alguno de ellos. Si tras seis meses de solicitado el arbitraje, los Estados no se ponen de acuerdo sobre su forma, se podrá acudir al Tribunal Internacional de Justicia⁵³. Es dable señalar que este procedimiento jamás ha sido usado por los Estados partes de la CEDAW, y sí conoce de muchas reservas.

No permite la CEDAW la presentación y examen de quejas individuales por el Comité. Tras un largo camino se ha arribado a la adopción de un Protocolo Facultativo a la Convención⁵⁴, que prevé dicha posibilidad, pues otorga a las víctimas la posibilidad de someter sus peticiones al examen del Comité de la CEDAW; algo que sin duda ayudará a la efectiva aplicación de la Convención, a las mujeres cuyos países no hayan protegido adecuadamente de la violación de los derechos que consagra.

Para acabar es importante señalar que, si bien no existe de momento en Naciones Unidas una Convención sobre violencia contra la mujer, el propio Comité de la CEDAW, en su Recomendación General Núm. 19 estableció que la “violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”⁵⁵.

b) Declaración y Plataforma de Acción de Beijing

Es altamente interesante el proceso preparatorio y de celebración de la IV Conferencia Mundial Sobre la Mujer, celebrada en 1995, en Beijing (China); un evento que en principio no se pensó con perspectiva de género, pero cuya realización sorprendió a las personas participantes por los lazos de complicidad que se entretejieron entre ellas, aún entre las posturas aparentemente más divergentes, y sin obviar los enormes obstáculos que, fundamentalmente con base en posiciones fundamentalistas, machistas, o conservadoras, hubieron de salvarse⁵⁶.

⁵³ Idem, art. 29.

⁵⁴ El Protocolo Facultativo a la CEDAW fue adoptado el 6 de octubre de 1999, por la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante resolución A/54/4. Al 3 de abril de 2000 había sido firmado por 34 países, entre ellos Argentina, que lo hizo el 28 de febrero de 2000. Conforme su artículo 16, el Protocolo precisa al menos diez ratificaciones para entrar en vigor. Su texto puede ser consultado a través del sitio web: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/current.htm>.

⁵⁵ Cfr. COMITÉ DE LA CEDAW, Recomendación General Núm. 19 (XI) de 1992, “La violencia contra la mujer”, p. 1.

⁵⁶ Una reflexión sobre dicho proceso puede encontrarse en SUBIRATS, Marina, “ Cuando lo personal es político y es política: la IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer”, en VVAA “ La protección internacional de los derechos de la mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995”, Edición a cargo de Fernando M. Mariño Menéndez, Edit. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, pp. 13 a 30.

Los documentos emanados de la Cumbre fueron dos: una Declaración, y un Plan de Acción. La primera consta de 38 puntos; y el segundo de un total de 82 puntos, ordenados en cuatro Capítulos.

No vamos a hacer un análisis detallado de sus contenidos⁵⁷, pero sí quisieramos destacar la importancia de ambos documentos para la defensa de los derechos de la mujer, en la medida que suponen una continuación y reafirmación de los compromisos y acciones que sobre el tema se habían adoptado en anteriores Cumbres⁵⁸, y también por reflejar una mirada concreta de los Gobiernos a la situación de la mujer en el contexto mundial, a partir de la que se establece una estrategia de acción.

Con la celebración de la Cumbre de Pekín se logró que durante un tiempo todo lo relativo a la mujer ocupase el primer plano de la agenda mundial; los compromisos y buenas intenciones que se desprenden de sus documentos, tienen que seguir guiando la batalla para conseguir su transformación en hechos.

Del 5 al 9 de junio de 2000 se ha celebrado en la sede de Naciones Unidas en Nueva York lo que se ha conocido como “**Beijing+5**”, un período extraordinario de la Asamblea General titulado “Mujeres 2000: Igualdad de género, desarrollo y paz para el siglo XXI”⁵⁹. A decir de la propia organización, el propósito de su realización era proceder a la revisión y evaluación del “progreso alcanzado tras la aplicación de las Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer, aprobadas en 1985, y la Plataforma de Acción de Beijing aprobada en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995”⁶⁰. Asimismo, durante tal período extraordinario se estudiaron también nuevas acciones e iniciativas para el año 2000 y siguientes.

En el encuentro participaron: los Estados miembros de Naciones Unidas; los miembros asociados de comisiones económicas regionales; los Organismos Especializados de Naciones Unidas; Organizaciones No Gubernamentales y Organizaciones Intergubernamentales con estatuto consultivo ante el Consejo

⁵⁷ Muchos y notables son los trabajos sobre el particular. Por ejemplo: VVAA, “La protección internacional de los derechos de la mujer...”, *op. cit.*, 242 pp.; VVAA, *Diversidad en Beijing: Una experiencia de participación. Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*, Edit. Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Comunidad Europea, San José (Costa Rica), 1996, 216 pp.; VVAA, “A un Año de Beijing”, Serie Documentos nº 13, Octubre 1996, Edit. Departamento de Derechos Humanos del IRI (UNLP), La Plata (Argentina), 231 pp.

⁵⁸ Nos remitimos al análisis de la cuestión ya efectuado, al tratar la cuestión de los documentos emanados de las cumbres mundiales celebradas en la década de los noventa.

⁵⁹ Dicha Sesión Especial fue convocada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en sus resoluciones 52/100 y 52/231.

⁶⁰ Cfr. CENTRO DE INFORMACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA ESPAÑA, página web sobre Beijing+5: <http://www.onu.org/temas/mujer/Beijing5/beijing5.htm>.

Económico y Social (ECOSOC), y Organizaciones No Gubernamentales debidamente acreditadas⁶¹.

c) Convenios de la Organización Internacional del Trabajo relativos a la mujer⁶²

Como es sabido la Organización Internacional del Trabajo es hoy un Organismo Especializado de Naciones Unidas; pero su constitución es anterior a la propia ONU, pues tuvo lugar por el Tratado de Versalles (Francia), el 28 de junio de 1919.

En materia de derechos de la mujer trabajadora, desde 1919 hasta los años 50 del siglo XX, el acento se puso en la protección, pero progresivamente dicho ánimo tuitivo para con la mujer se fue revelando como fuente de discriminaciones, y el paso siguiente fue perseguir por sobre todo la igualdad de la mujer en el trabajo.

Como tratados relativos a la mujer trabajadora destacan: a) **Convenio n° 100 de la OIT**, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor⁶³; b) En relación con la protección de la maternidad: **Convenio n° 3**, de 1919 y el **Convenio n° 103** (revisado) de 1952, complementados por la Recomendación núm. 95. Recientemente fue adoptado el **Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000**⁶⁴, complementado por la Recomendación n° 183 sobre la protección de la maternidad, 2000.

2. Organización de los Estados Americanos

Además de la Convención de Belem do Pará, encontramos en el marco normativo del Sistema Interamericano de derechos humanos, tres convenciones relativas a la mujer: la Convención Interamericana sobre la Nacionalidad de la Mujer⁶⁵; la Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer⁶⁶ (Bogotá,

⁶¹ Para una extensa información sobre el desarrollo de Beijing+5, consultar la página web: <http://www.un.org/womenwatch/daw/followup/beijing+5.htm>

⁶² Para una visión general de la OIT y sus mecanismos de protección de derechos, ver INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS; WOMEN, LAW & DEVELOPMENT INTERNATIONAL; HUMAN RIGHTS WATCH WOMEN'S RIGHTS PROJECT: "Derechos Humanos de las Mujeres: Paso a Paso (Guía práctica para el uso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de los Mecanismos para Defender los Derechos Humanos de las Mujeres)", 1997, pp. 44 a 48.

⁶³ Adoptada el 29 de junio de 1951, entró en vigor el 23 de mayo de 1953 (147 ratificaciones).

⁶⁴ Adoptado en Ginebra, el 15 de junio de 2000 (aún no cuenta con ratificaciones).

⁶⁵ Adoptada en Montevideo (Uruguay), el 26 de diciembre de 1933, entró en vigor el 29 de agosto de 1934 (17 ratificaciones).

⁶⁶ Se adoptó en Bogotá (Colombia), el 2 de mayo de 1948, entrando en vigor el 17 de marzo de 1949 (23 ratificaciones).

Colombia, 1948); y la Convención Interamericana sobre la Concesión de Derechos Civiles a la Mujer⁶⁷ (Bogotá, Colombia, 1948).

a) La Convención para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belén do Pará)⁶⁸

Es el instrumento más ratificado por los Estados del Sistema, pero curiosamente no el más conocido, ni invocado. En su artículo 1 define la violencia contra la mujer como *“cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito de lo público como en el privado”*.

Es ciertamente importante que con esta Convención, los Estados hayan reconocido su responsabilidad respecto a la violencia que sufre a mujer, no sólo a nivel público, sino también en el plano doméstico; es un claro ejemplo de la ruptura del paradigma *biantinómico* público/privado, cuya extrema separación tanto daño ha hecho y hace a las mujeres. También es destacable que en la definición se encuentre explicitada la palabra “género”, pues supone un alto grado de asunción del concepto.

La Convención reconoce que toda mujer podrá ejercer todos sus derechos humanos, de cualquier índole, y cómo la violencia atenta contra esos derechos⁶⁹. Los Estados asumen numerosos deberes para proteger a la mujer de la violencia⁷⁰, entre los que se encuentra el deber de fomentar la educación en la igualdad intersexos para la sociedad toda.

Es importante la prevención contenida en el artículo 9, que establece cómo los Estados han de tener muy en cuenta, a la hora de cumplir los deberes que asumen al ratificar la Convención, la *“especial situación de vulnerabilidad que pueda sufrir la mujer, en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.”*

Además de la presentación de informes por los Estados ante la Comisión Interamericana de Mujeres, que hagan referencia a las medidas que adopten para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer⁷¹, se prevé la posibilidad de que, tanto los Estados Partes de la Convención, como la Comisión Interamericana de

⁶⁷ Aprobada en Bogotá (Colombia), el 2 de mayo de 1948, entrando en vigor el 17 de marzo de 1949 (20 ratificaciones).

⁶⁸ Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General. Entró en vigor el 5 marzo de 1995 (29 ratificaciones).

⁶⁹ Vid art. 5 de la Convención de Belem do Pará.

⁷⁰ Dichos deberes están contemplados en los arts. 7, 8 y 9 de la Convención de Belem do Pará.

⁷¹ Cfr. art. 10 de la Convención de Belem do Pará.

Mujeres, soliciten opinión consultiva a la Corte Interamericana sobre la interpretación de la Convención⁷².

Y es más que relevante que se haya establecido la posibilidad de que cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA, puedan presentar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos quejas o denuncias acerca de la violación del artículo 7 de la Convención (Deberes de los Estados de adoptar por todos los medios y sin dilación políticas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer); denuncias que, llegado el caso, podrían ser también examinadas por la Corte Interamericana⁷³.

2. Unión Europea

Cada vez en mayor medida los derechos humanos se convierten en cuestión prioritaria de esta organización internacional de integración⁷⁴; y los derechos humanos de la mujer disfrutan de esta tendencia.

Tanto el **Tratado de Roma**, de 1957, a medio del cual se constituye la Comunidad Europea, como los posteriores convenios que suponen su reforma en el avance de la integración europea (**Tratado de la Unión Europea**⁷⁵ y **Tratado de Amsterdam**⁷⁶) han consagrado la igualdad de remuneración para mujeres y hombres por un trabajo de igual valor.

⁷² *Ibidem*, art. 11.

⁷³ Es interesante señalar al respecto que si bien el texto literal del artículo 12 de la Convención de Belem do Pará, sólo hace mención a la recepción y tramitación de asuntos ante la Comisión, debe interpretarse que la Corte también podría llegar a entender, de conformidad con lo establecido en el art. 51 de la Convención Americana, de tales casos. Así lo sostiene el Relator Especial sobre los derechos de la mujer, Decano GROSSMAN, Claudio, en CIDH “Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas”, nota final n° 13, p. 1074, en “Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997”, Secretaría General de la O.E.A., Washington, D.C., 1998; puede también consultarse a través de: <http://www.cidh.oas.org>. En similar sentido se pronuncia KRISTICEVIC, Viviana, en “La denuncia individual ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano de protección”, en VVAA, “Protección Internacional de los Derechos Humanos de la Mujer. I Curso Taller”, Edit. IIDH y CLADEM, San José (Costa Rica), 1997, pp.201-202.

⁷⁴ Vid MANGAS MARTÍN, Araceli, y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., “Instituciones y Derecho de la Unión Europea” (Segunda edición); Edit. Mc Graw Hill, Madrid, 1999, pp. 293 a 305.

⁷⁵ Adoptado en Maastrich, el 7 de febrero de 1992. Vid actual artículo 141 (antiguo artículo 119).

⁷⁶ Adoptado el 2 de octubre de 1997. Dicho tratado “introduce explícitamente la igualdad de oportunidades entre los hombres y las mujeres en la serie de tareas (artículo 2) y acciones (artículo 3) emprendidas por la Comunidad. Un nuevo artículo 6a prevé que el Consejo pueda decidir por unanimidad, a propuesta de la Comisión, la adopción de medidas para combatir todo tipo de discriminación basada, entre otras cosas, en el sexo. Además, se ha ampliado el ámbito de aplicación del artículo 141 mediante la introducción del concepto de “igual salario para un trabajo de igual valor”. Asimismo, en el nuevo apartado 3 de dicho artículo se prevé que el Consejo, según el procedimiento de codecisión, decidirá las medidas a fin de garantizar la aplicación del principio de la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de ocupación. Por último, el nuevo apartado 4 permite

Además, desde 1975 se han adoptado una serie de directivas que persiguen la igualdad entre mujeres y hombres⁷⁷. Entre las directivas comunitarias antes referidas destacan: a) **Directiva 75/117/CEE** del Consejo, de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores y las trabajadoras; b) **Directiva 76/207/CEE** del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; c) **Directiva 79/7/CEE** del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social; d) **Directiva 86/378/CEE** del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social: modificada por la **Directiva 96/97/CE** del Consejo, de 20 de diciembre de 1996; e) **Directiva 86/613/CEE** del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, incluidas; f) **Directiva 92/85/CEE** del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de las medidas para promover en el trabajo la mejora de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia; g) **Directiva 96/34/CE** del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al acuerdo marco sobre permiso parental concluido por la UNICE, el CEEP y la CES. Modificada por la **Directiva 97/75/CE** del Consejo, de 15 de diciembre de 1997; h) **Directiva 97/80/CE** del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación basada en el sexo. Modificada por la **Directiva 98/52/CE** del Consejo, de 13 de julio de 1998⁷⁸.

IV. LA PROGRESIVA “GENERIZACIÓN” DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En este ítem, que da título a nuestro trabajo, nos vamos a referir, específicamente, a las directrices que en materia de género empiezan a incorporarse de parte de los más importantes actores internacionales de derechos humanos. Tanto las organizaciones internacionales intergubernamentales (de carácter universal o

a los Estados miembros adoptar o mantener medidas de acción positiva para el sexo con menor representación en materia de carrera profesional.”. Cfr. página web: <http://www.europa.eu.int/scadplus/leg/es/cha/c00006.htm>.

⁷⁷ Vid COMMISSIONE DELLE COMUNITA EUROPEE, “Le direttive comunitarie in materia di parità uomo-donna. Atti del Convegno, ROMA 12-13 giugno 1987”, Edit. Dipartimento di Teoria dello Stato Università di Roma “La Sapienza”, Commissione delle Comunità Europee, Roma, 1990, 173 pp. Asimismo, un examen del desarrollo jurisprudencial sobre el derecho a la igualdad en el terreno laboral puede encontrarse en: JIMENA QUESADA, Luis, “La Europa Social y democrática de Derecho”, *op. cit.*, pp. 210 a 213.

⁷⁸ Todas estas directivas pueden ser consultadas a través del sitio web: <http://www.europa.eu.int/scadplus/leg/es/cha/c00006.htm>

regional), como otros tipos de organizaciones que actúan a nivel internacional en la materia, están empezando a incorporar la perspectiva de género a sus estructuras y acciones; conforme a la terminología que acuñamos: esas instituciones se están “*generizando*”.

Podemos afirmar, con Fernando Mariño Menéndez, que asistimos al “inicio de una nueva época en la que la perspectiva “de género” se va a incorporar a todas las estrategias, procesos normativos y acciones en materia de derechos de la persona, en especial en el marco del sistema de Naciones Unidas”⁷⁹.

Debe destacarse que tanto en Viena como en Pekín, se reclamó la integración de la dimensión de género en el seno mismo de Naciones Unidas, así como en otras instituciones y organizaciones internacionales⁸⁰.

A continuación vamos a tratar de identificar, de manera no excluyente, algunos signos de la idea que apuntamos, en tres Sistemas de protección de los derechos humanos: el universal de Naciones Unidas, y los regionales Interamericano y Europeo; así como en una Organización Internacional de integración que también atiende cuestiones de derechos humanos, y específicamente relacionadas con la mujer: la Unión Europea. Después nos referiremos, brevemente, a cómo ese proceso se cumple también en otras instituciones que trabajan a nivel internacional en materia de derechos humanos.

A. Naciones Unidas

Los mayores exponentes del proceso descrito los encontramos en una serie de órganos e iniciativas, algunos de los cuales abordamos a continuación. Es importante aclarar que la que planteamos no es una lista cerrada, sino ilustrativa de la tendencia que afirmamos existe⁸¹.

1. Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer

Creada en 1946 por el Consejo Económico y Social, está compuesta por 32 personas, que representan a los Estados Miembros de la Organización y son elegidas cada cuatro años.

⁷⁹ Cfr. MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando, editor a cargo de VVAA “La protección internacional de los derechos de la mujer...”, *op. cit.*, p.11.

⁸⁰ Vid Plan de Acción de Viena, Punto 37, 42 y 43; y Plataforma de Acción de Pekín, Puntos 306 a 344.

⁸¹ Existen en el ámbito de Naciones Unidas otros importantes organismos relacionados con la cuestión analizada; así, el Fondo de Naciones Unidas para el Desarrollo de la Mujer (UNIFEM), el Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación para la Promoción de la Mujer (INSTRAW), y la División para el Adelanto de la Mujer del Departamento de Coordinación de Políticas y de Desarrollo Sustentable.

Es el órgano encargado de redactar informes y recomendaciones sobre la promoción de los derechos de la mujer para su tratamiento por el consejo; también de hacer recomendaciones y elaborar propuestas al ECOSOC, en aras de la efectiva igualdad de derechos entre hombres y mujeres.

Ha estado a cargo de elaborar el borrador del Protocolo Facultativo a la CEDAW, instrumento que veíamos se encuentra ya aprobado y pendiente de reunir las ratificaciones necesarias para entrar en vigor.

2. Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos Sobre la Violencia contra la Mujer

Uno de los frutos de la Conferencia de Viena de 1993 fue el nombramiento de una relatora especial sobre violencia contra la mujer⁸². En dicha Conferencia se logró que los gobiernos aceptasen que la violencia y todas las formas de acoso y explotación sexuales contra la mujer y la niña “son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana y deben ser eliminadas”⁸³.

Otro resultado de esa Cumbre fue la adopción de la Declaración Sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer, por expresa solicitud de la Conferencia en su Plan de Acción⁸⁴.

En esencia, el mandato de la persona a cargo de la Relatoría es la búsqueda y recepción de información acerca de la violencia de la que la mujer es objeto, sobre sus causas y efectos, debiendo dar eficaz respuesta a dicha información. Asimismo, está encargada de la recomendación de medidas tendentes a poner fin a la violencia contra la mujer, a sus mismas causas, y para reparar sus consecuencias.

El trabajo que desempeña es pues sumamente importante desde el punto de vista de la visibilización, prevención y eliminación de la violencia contra la mujer.

3. Trabajos específicos para la transversalización de la Organización en materia de género.

En mayo de 1999 se celebró en Ginebra un encuentro de trabajo (*Workshop*) para la integración de la perspectiva de género en el sistema de Naciones Unidas⁸⁵. La iniciativa fue compartida por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los

⁸² Vid MARINER Joanne, “Utilización de los instrumentos y mecanismos de las Naciones Unidas para proteger los derechos de la mujer”, en VVAA, “Protección Internacional de los Derechos...”, *op. cit.*, p. 84.

⁸³ Cfr. Declaración de Viena, Punto 18

⁸⁴ Vid Punto 38 del Plan de Acción de Viena.

⁸⁵ Nuestras referencias provienen del documento: UNITED NATIONS, “Workshop on gender integration into the human rights system. Geneva, Palais des Nations (26-28 May)”, Advance Unedited Version, 3 de junio de 1999.

Derechos Humanos, la División para el Adelanto de la Mujer y el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer.

La actividad estuvo abierta a la participación de las instancias de la Organización más representativas en materia de derechos humanos, y constituyó el seguimiento de otra reunión de expertas/os celebrada en 1995, acerca del desarrollo de directrices para la incorporación de la perspectiva de género en los programas y actividades de Naciones Unidas. Esta última reunión fue co-organizada por el Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas y UNIFEM⁸⁶.

Además de ese antecedente de 1995, se tomaron en cuenta las Conclusiones a las que el Consejo Económico y Social arribó en 1997, en relación a la incorporación de la perspectiva de género a todas las políticas y programas del sistema de Naciones Unidas, así como la definición de integración de perspectiva de género que dicho Consejo adoptó entonces⁸⁷.

La organización del Seminario de 1997 determinó también la definición de género que guiaría su trabajo, la cual nos parece interesante reproducir:

*"The term "gender" refers to the socially constructed roles of women and men that are ascribed to them on the basis of their sex, in public and in private life. The term "sex" refers to the biological and physical characteristics of women and men. Gender roles are contingent on a particular socio-economic, political and cultural context, and are affected by other factors, including age, race, class, or ethnicity. Gender roles are learned, and vary widely within and between cultures. As social constructs, they can change. Gender roles shape women's access to rights, resources and opportunities"*⁸⁸

Al margen de estas iniciativas de carácter interno, es dable señalar cómo también se emprenden labores de apoyo, en materia de igualdad entre sexos, a entidades o núcleos de población distintas a la Organización; un ejemplo lo constituye la labor que lleva adelante el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), concretamente desde su Programa Mujer, Justicia y Género⁸⁹.

⁸⁶ Vid Documento de NACIONES UNIDAS, E/CN.4/1996/105, de 20 de noviembre de 1995

⁸⁷ Cfr. UNITED NATIONS, "Workshop on gender integration (...)", *op. cit.*. La definición de integración de perspectiva de género que adoptó el ECOSOC fue: "(...) the process of assessing the implications for women and men of any planned action, including legislation, policies or programmes, in all areas and at all levels. It is a strategy for making women's as well as men's concerns and experiences an integral dimension of the design, implementation, monitoring and evaluation of policies and programmes in all political, economic and social spheres so that women and men benefit equally and inequality is not perpetuated. The ultimate goal is to achieve gender equality. (ECOSOC Agreed Conclusions 1997/2, UN document A/52/3, Chapter IV, para 4)".

⁸⁸ *Ibidem*. El propio documento referenciado remite a otro como el obrante de esa definición, a saber: HRI/MC/1998/6, para. 16, see also A/51/322, paras. 7-15 (sic.).

⁸⁹ Un ejemplo es el material preparado bajo el título: "Caminando hacia la Igualdad Real. Manual en Módulos dirigidos a facilitadoras(es) de talleres para la capacitación de juezas(es) en la Administración

A la espera de que los trabajos de Naciones Unidas en la materia sigan desarrollándose, no nos vamos a detener más en la cuestión, pues nuestro objetivo era reflejar que en su seno existe una voluntad de integrar la perspectiva de género en todos los niveles, y cómo paulatinamente se van adoptando estrategias y medidas para conseguirlo.

4. El Estatuto de la Corte Penal Internacional

Podríamos habernos referido a este tema cuando tratábamos las grandes Conferencias Mundiales de los años noventa; pero por afectar también a un órgano de futura creación, como es la Corte Penal Internacional (CPI, en adelante), preferimos incluirlo en este estadio de nuestro trabajo.

Ciertamente, tras mucho esfuerzo y discusión se logró que el Estatuto de la CPI⁹⁰ incorporase un notable grado de dimensión de género⁹¹. A los efectos del Estatuto el género se entiende como referido “a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad”⁹².

La dimensión de género se encuentra reflejada tanto en la tipificación de los crímenes bajo la competencia de la Corte, como en la propia estructura y funcionamiento del Tribunal.

En el primer sentido señalado se ha establecido que la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado⁹³, la esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable, constituyen crímenes de lesa humanidad⁹⁴. Esas conductas también han sido tipificadas como crímenes de guerra⁹⁵.

Acerca de la estructura y funcionamiento del Tribunal, cabe destacar que la perspectiva de género se ha tenido en cuenta respecto a la composición de la Corte, puesto que a la hora de seleccionar a sus magistradas/os los Estados Partes han de

de Justicia con perspectiva de género”, Edit. ILANUD y UNIFEM, San José (Costa Rica), 1997, 425 pp.

⁹⁰ Adoptado en Roma, el 17 de julio de 1998, en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

⁹¹ No podemos dejar de destacar la gran labor que para conseguirlo llevaron adelante las ONG,s participantes, sobre todo las de mujeres, y algunas delegaciones gubernamentales.

⁹² Cfr. art. 7.3 del Estatuto de la CPI que finaliza diciendo “ El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede”.

⁹³ En el art. 7.2.f) del Estatuto de la CPI el embarazo forzado es definido como “ el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada a la fuerza con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional”. Costó mucho lograr la inclusión en el Estatuto de esta figura, por presiones religiosas y antiabortistas. Ello explica que, aunque al fin se incluyó, tanto en los crímenes contra la humanidad, como en los crímenes de guerra, en su definición se acabe precisando que: “En modo alguno se entenderá que esta definición afecta las normas de derecho interno relativas al embarazo”.

⁹⁴ Cfr. art. 7.1.g) del Estatuto de la CPI.

⁹⁵ Idem, art. 8.2.b). xxii).

tener en cuenta criterios tales como la necesidad de que haya una “representación equilibrada de magistrados mujeres y hombres”⁹⁶, así como contar con “magistrados que sean juristas especializados en temas concretos que incluyan, entre otros, la violencia contra las mujeres o los niños”⁹⁷. Esos criterios deberán también respetarse para el nombramiento de funcionarios de la CPI⁹⁸.

Entre las disposiciones que regulan el funcionamiento de la Fiscalía de la CPI, destaca la disposición que dice: “El Fiscal nombrará asesores jurídicos especialistas en determinados temas como, por ejemplo, violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños”⁹⁹.

Asimismo, la persona designada como Secretario de la CPI establecerá una Dependencia de Víctimas y Testigos en el seno de la Secretaría, en la que deberá contar con personal especializado “para atender a las víctimas de traumas, incluidos los relacionados con delitos de violencia sexual”¹⁰⁰.

Para proteger adecuadamente a las víctimas y testigos, la Corte habrá de tener en cuenta, entre otros factores: el género y “la índole del crimen, en particular cuando éste entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños.”¹⁰¹

Por último, señalar que pese al carácter público de las audiencias de la Corte, podrán celebrarse a puerta cerrada ciertas partes del juicio, o permitirse la presentación de pruebas por medios electrónicos o especiales; estas medidas se aplicarán en particular cuando se trate de víctimas de agresiones sexuales o niños¹⁰².

B. Organización de los Estados Americanos

Vamos a destacar la labor que sobre el tema mujer se realiza de parte de dos órganos de la OEA: la Comisión Interamericana de Mujeres; y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de su Relatoría Especial sobre los derechos de la mujer.

1. Comisión Interamericana de Mujeres (CIM)

⁹⁶ Idem, art. 36.8.a)iii).

⁹⁷ Idem, art. 36.8.b).

⁹⁸ Idem, art. 44.2.

⁹⁹ Idem, art. 42.9.

¹⁰⁰ Idem, art. 43.6 “*in fine*”.

¹⁰¹ Idem, art. 68.1

¹⁰² Idem, art. 68.2.

Nacida en 1938, antes de la fundación de la OEA, constituye el primer precedente mundial de institución intergubernamental con el mandato de velar por los derechos civiles y políticos de la mujer¹⁰³.

Es un organismo especializado interamericano que desde su creación ha impulsado la adopción de instrumentos internacionales a favor de los derechos de la mujer; así promovió la adopción de las tres Convenciones Interamericanas ya enunciadas: sobre Nacionalidad de la Mujer, Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer, y Concesión de Derechos Civiles a la Mujer.

También ha sido responsable de la redacción y presentación de la Convención de Belem do Pará¹⁰⁴. Según el texto de la Convención, en los informes nacionales que se presenten a la CIM, los Estados están obligados a incluir información específica sobre la violencia que sufren las mujeres en su jurisdicción¹⁰⁵.

Como veíamos, la CIM puede solicitar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos opiniones consultivas sobre la interpretación de la Convención de Belem do Pará¹⁰⁶, pero aún no ha estrenado esta facultad.

2. La Relatoría Especial sobre derechos de la mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

Por último, es dable señalar que en el seno de uno de los órganos principales de la OEA: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, existe una Relatoría Especial sobre los derechos de la mujer¹⁰⁷, con mandato para *“analizar e informar en qué medida las leyes y prácticas de los Estados miembros, relacionadas con los derechos de la mujer, observan las obligaciones consignadas en la Declaración Americana de los Derechos Humanos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”*¹⁰⁸

A partir de este nombramiento se han realizado reuniones de expertas/os, y recopilación de información entre los países del sistema (a través de un cuestionario modelo¹⁰⁹), lo que ha terminado por fructificar en la publicación de un informe sobre la condición de la mujer en las Américas. Tras una labor de diagnóstico y análisis de

¹⁰³ Cfr. CIDH “Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas”, *op. cit.*, p. 1026.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Vid art. 10 de la Convención de Belem do Pará.

¹⁰⁶ *Idem*, art. 11.

¹⁰⁷ El Relator nombrado, en el octogésimo quinto período de sesiones de la CIDH (1994), es el Comisionado Decano Claudio Grossman.

¹⁰⁸ Cfr. CIDH, “Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas”, *op. cit.*, p. 1023.

¹⁰⁹ *Idem*, pp. 1057 a 1072.

información, dicho informe finaliza con Recomendaciones que la CIDH toma de las presentadas por su Relator Especial.

Tales Recomendaciones son de tres tipos: A. De carácter institucional al interior de la Comisión; B. A los Estados miembros de la OEA; y C. A los Estados sobre derechos específicos¹¹⁰.

Por el objeto específico de nuestro trabajo, creemos importante destacar aquellas Recomendaciones que la CIDH se hace a sí misma; resumidas son: 1.- Transformación de la Relatoría sobre derechos de la Mujer en un Grupo de Trabajo coordinado por un Comisionado y compuesto por expertas/os; 2.- Creación de un Fondo Voluntario sobre Derechos de la Mujer; 3.- Adopción de medidas dirigidas a poner énfasis en la promoción y protección de los derechos de la mujer: a) considerando la cuestión exhaustivamente en los Informes fruto de sus *visitas in loco*; b) promoviendo la participación de ONG,s y gobiernos, como *amicus curiae*, en casos particulares ante la CIDH y la Corte Interamericana; c) cooperando ampliamente con las agencias y organismos internacionales que se ocupan de los derechos de la mujer, así como con las entidades que sobre el particular existen en el seno de la OEA¹¹¹.

De esta forma vemos cómo en la protección de los derechos humanos ofrecida por el sistema interamericano, el proceso de “*generización*” también se viene produciendo. Sería deseable que, además de los esfuerzos que acometan por separado, en las agendas de trabajo de las reuniones conjuntas entre la Comisión y la Corte Interamericanas, se incorporase algún punto relativo a la armonización de criterios de inclusión de la perspectiva de género en las labores específicas de dichos órganos, así como en sus estructuras internas.

C. Consejo de Europa

En esta organización regional, la actuación a favor de la igualdad entre mujeres y hombres integra la defensa y promoción de la democracia y los derechos humanos, que constituye uno de sus fines principales. Como veremos, paulatinamente, se van creando órganos y adoptando disposiciones que persiguen la consecución de tal objetivo, tanto a nivel interno, como externo.

Terminaremos por destacar cómo el órgano único encargado del control de la Convención Europea de Derechos Humanos: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha consagrado disposiciones en su nuevo Reglamento, que reflejan la tendencia “*generizante*” estudiada.

¹¹⁰ Idem, pp. 1052 a 1056.

¹¹¹ Idem, pp. 1052 y 1053.

1. El Comité Director para la Igualdad entre Mujeres y Hombres. Grupos de especialistas. Otras actividades.

Es la instancia intergubernamental que, bajo la autoridad del Comité de Ministros del Consejo de Europa, tiene como responsabilidad “ la definición, impulsión, y conducta de la acción de la Organización a favor de la igualdad entre las mujeres y los hombres”¹¹².

Por ello, el Comité se encarga de elaborar proyectos que promuevan la igualdad intersexos, tanto con miras a los países miembros del Consejo de Europa, como a la misma integración de la perspectiva de género en el entramado institucional de la organización.

Pese a las buenas intenciones, el informe elaborado sobre la materia por el Grupo de especialistas para un “enfoque integrado” (*approche intégrée*) de la igualdad, es que la perspectiva de género no está apenas incluida en el Consejo de Europa, por lo que debe realizarse un mayor esfuerzo en tal sentido¹¹³.

En ese mismo informe queda reflejada la existencia de grupos mixtos, y multisectoriales de especialistas, los que desde sus trabajos temáticos específicos, también abordan la situación de la mujer¹¹⁴.

Entre los primeros tenemos: el Grupo Mixto de Especialistas sobre migraciones, diversidad cultural, e igualdad entre mujeres y hombres; y el Grupo Mixto de Especialista sobre igualdad, racismo e intolerancia. Asimismo, encontramos el Grupo Multisectorial de especialistas sobre la lucha contra la trata de seres humanos para su explotación sexual.

Además, en la Organización se han efectuado actividades de importancia en la materia. Por ejemplo: en 1997 se realizó un Seminario Internacional sobre la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres¹¹⁵; ese mismo año el Consejo de Ministros del Consejo de Europa adoptó dos declaraciones sobre la igualdad entre las mujeres y los hombres, en el marco de una Conferencia Ministerial Europea celebrada en Estambul¹¹⁶.

¹¹² Cfr. CONSEIL DE L'EUROPE, “ L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes. Cadre conceptuel, méthodologie et présentation des “bonnes pratiques”. Rapport final d'activités du Groupe de spécialistes pour une approche intégrée de l'égalité (EG-S-MS)”, Edit. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1998. P. 86 (la traducción es nuestra).

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 87-88.

¹¹⁵ Vid CONSEIL DE L'EUROPE, “Promouvoir l'égalité: Un défi commun aux hommes et aux femmes. (Actes du Séminaire International. 17-18 juin 1997, Palais de l'Europe, Strasbourg)”. Doc. Conseil de l'Europe: EG/SEM/MEN (97)6, de 17 de septiembre de 1997, Strasbourg, 92 pp.

¹¹⁶ Se trata de la 4ª Conferencia Ministerial Europea sobre la Igualdad entre las Mujeres y los Hombres (Estambul, 13-14 Noviembre 1997). El tema general de la Conferencia fue “La democracia y la igualdad entre mujeres y hombres”. El Subtema 1: “La igualdad entre mujeres y hombres como criterio

2. El nuevo Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

Otro ejemplo de incorporación de la perspectiva de género en el seno de una instancia internacional, lo encontramos en el actual Tribunal Europeo de Derechos Humanos, único órgano de control del Convenio Europeo, tras la entrada en vigor del Protocolo 11 a dicho Convenio¹¹⁷.

Ha sido el Reglamento del que se ha dotado dicho Tribunal el que ha venido a introducir la cuestión, pues en la reforma convencional obrada por el mencionado Protocolo, no encontramos ninguna previsión garantizadora de la equidad entre sexos en la composición del TEDH, algo que hubiera sido muy deseable y que sí observábamos incluido en el Estatuto de creación de la Corte Penal Internacional.

Entre las disposiciones del Reglamento del nuevo TEDH que reflejan cierta dimensión de género encontramos el artículo 14, que consagra cómo dicho órgano perseguirá una política tendente a asegurar una representación equilibrada de sexos en las designaciones que efectúe respecto a la Presidencia y Vicepresidencias del Tribunal y sus Salas, así como las relativas a la Secretaría.

En la elección de la persona a cargo de la Secretaría del TEDH se ha previsto que en caso de empate de votos entre dos candidatos se dará preferencia a la candidata, si la hubiese, y si este criterio no fuera aplicable, al candidato de más edad¹¹⁸.

Por último, el artículo 25.2 del Reglamento del Tribunal prevé que sus Secciones tienen que estar compuestas atendiendo a criterios de equilibrio geográfico y de representación de sexos, además de tener en cuenta los diferentes sistemas jurídicos que existen en los Estados Partes.

D. Unión Europea

fundamental de la democracia"; y el Subtema 2: "Promover la igualdad en una sociedad democrática: el rol de los hombres". Como decimos, los Ministros de los Estados participantes elaboraron dos textos, a saber: "Declaración sobre la igualdad entre mujeres y hombres como criterio fundamental de la democracia"; y "Declaración sobre la igualdad entre mujeres y hombres en el contexto del 50º Aniversario del Consejo de Europa".

¹¹⁷ El Protocolo nº 11, fue abierto a la firma de los Estados el 11 de mayo de 1994, y entró en vigor el 1 de Noviembre de 1998. Se trata de un Protocolo de enmienda, cuya entrada en vigor ha supuesto la reestructuración del mecanismo de protección del CEDH, y en resumen conlleva: 1º la desaparición de la Comisión Europea de Derechos Humanos, y del antiguo Tribunal; 2º el Comité de Ministros del Consejo de Europa pierde su función decisoria, manteniendo sólo la de vigilancia de la ejecución de las Sentencias del Tribunal; 3º la creación de un nuevo Tribunal, de carácter permanente, y con sede en Estrasburgo (Francia), al cual el demandante individual accede directamente.

¹¹⁸ Cfr. art. 15.3. del Reglamento del TEDH

Esta Organización no es ajena al proceso de “*generización*” del que venimos hablando. Para ejemplificar esta tendencia pueden destacarse una serie de medidas adoptadas en seno comunitario, a saber¹¹⁹:

- La creación por el Parlamento Europeo de una comisión parlamentaria para los derechos de las mujeres, en 1984, que desde entonces viene ocupándose activamente de la cuestión.
- La existencia de un grupo de Comisarios responsables de la igualdad de oportunidades que “se encarga del examen y seguimiento de la integración de esta idea en el conjunto de políticas y programas pertinentes de la Comunidad. Por impulso de este grupo, el 21 de febrero de 1996 la Comisión adoptó una comunicación sobre la integración de la igualdad de oportunidades en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias.”
- Los programas de acción plurianuales de la Comisión, tendentes a promover acciones específicas y concretas en aras de la igualdad entre mujeres y hombres; así el programa de acción comunitario a medio plazo (1996-2000), lanzado en Dublín, el 7 de octubre de 1996. Tiene por objetivo la integración de la igualdad de oportunidades “en la definición y en la aplicación de las políticas pertinentes, en el ámbito comunitario, nacional y regional (mainstreaming)”
- La adopción por el Consejo de un conjunto de recomendaciones referidas a la integración de la igualdad de oportunidades en los fondos estructurales y la participación equilibrada de hombres y mujeres en los procesos de toma de decisiones, en el Consejo Europeo de Dublín, celebrado los días 13 y 14 de diciembre de 1996.
- La Comisión, en las propuestas de Directrices para el empleo en 1999, ha puesto especial énfasis en la necesidad “de seguir teniendo en cuenta la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en todos los componentes de las políticas de empleo, en particular garantizando a las mujeres el acceso a las políticas activas del mercado de trabajo en materia de inserción profesional en proporción a su índice de desempleo, o aumentando su representatividad en las acciones relativas al espíritu empresarial”.

E. Ejemplos de transversalización por la perspectiva de género en otros tipos de instituciones

Para finalizar, queremos señalar cómo diversos actores internacionales, con altas funciones en la defensa y promoción de los derechos humanos, también han guiado sus pasos hacia la incorporación de la perspectiva de género en el seno de sus propias estructuras, y en el diseño de sus actividades. Proponemos dos ejemplos sobre el particular

¹¹⁹Información extraída del sitio web de la UE: <http://www.europa.eu.int/scadplus/leg/es/cha/c00006.htm>; se recomienda su consulta al efecto de ampliarla, pues contiene un pormenorizado análisis de la cuestión.

En primer lugar, destacamos la labor que en tal sentido acomete una institución académica internacional: el **Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)**. En 1991 se crea en su seno el “Programa Mujer y Derechos Humanos”, con funciones de asesoramiento, asistencia técnica y capacitación a otras organizaciones. Desde 1994, año en que pasa a denominarse “Programa Género y Derechos Humanos”, se persigue con su asesoría incorporar la perspectiva de género en el seno mismo del IIDH. Esta intención fue reimpulsada a principios de 1999; el Programa se llama actualmente “Derechos Humanos de las Mujeres”, y colabora con la Dirección Ejecutiva del IIDH en el proceso de institucionalización de la perspectiva de género en la entidad, realizando en tal sentido funciones de coordinación y asesoramiento¹²⁰.

El IIDH también ayuda a otras instituciones a integrar la perspectiva de género, tal es el caso de la **Federación Iberoamericana de Ombudsmán**¹²¹.

También son muchas las publicaciones de promoción y estudio sobre derechos humanos de las mujeres que el IIDH impulsa¹²². Entre las últimas actividades del “Programa de Derechos Humanos de las Mujeres”, se encuentra una interesante iniciativa, coorganizada con el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), consistente en la formación de abogadas latinoamericanas y del Caribe. Se quiere así “contribuir a la protección internacional regional de los derechos humanos de las mujeres mediante un proceso de capacitación a organizaciones dedicadas a la defensa de sus derechos ante el Sistema Interamericano y sus mecanismos de aplicabilidad”¹²³.

En segundo lugar nos referimos al caso de **Amnistía Internacional (AI)**, como ejemplo de ONG internacional que cada vez más viene concediendo importancia a la cuestión de género en su estructura y accionar. En el Informe 1998 de dicha organización se destacó con ahínco la necesidad de redoblar esfuerzos en pro del pleno ejercicio y goce de los derechos humanos por las mujeres del mundo, y de evitar la separación entre la esfera pública y privada a la hora de interpretar las leyes internacionales en la materia¹²⁴.

¹²⁰ Todo ello cfr. MÉNDEZ, Juan E. y PACHECO, Gilda, “El desarrollo de proyectos en derechos humanos...”, *op. cit.*, pp. 3 a 7.

¹²¹ En tal sentido, VVAA, “Lincamientos para la integración...”, *op. cit.*, p. 1 del Módulo 2.

¹²² Además de las referenciadas en notas anteriores, caben señalar las siguientes: IIDH, “Programa de educación en derechos de las humanas”, material didáctico del Proyecto Capacitación a Promotoras en Derechos Humanos, Edit. IIDH (Programa Mujer y Derechos Humanos) y CUE, San José (Costa Rica), 1994. IIDH, “Estudios Básicos de Derechos Humanos, IV” (dedicado por entero a cuestiones de género y mujer), Edit. IIDH y CUE, San José (Costa Rica), 1996, 339 pp.

¹²³ Vid información sobre “I Curso-Taller los Derechos Humanos de las Mujeres: fortaleciendo su protección”, en el sitio WEB: www.iidh.ed.cr/act99/civil/promuj1.html.

¹²⁴ Vid, AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Informe 1998. Un año de promesas rotas”, Índice AI: POL 10/01/98/s, EDAL, Madrid, 1998.

También en el último Consejo Internacional de AI, celebrado en Troia (Portugal), se acordó “que debían reforzarse los programas de trabajo de la organización sobre los abusos dirigidos específicamente contra las mujeres y los niños (...)”¹²⁵.

Indudablemente, tiene mucho camino por recorrer para lograr sus objetivos internos y externos sobre el particular, pero destaca cada vez un mayor número de iniciativas para lograrlo, como por ejemplo: la realización de actividades educativas sobre derechos de la mujer e integración de la perspectiva de género¹²⁶; la edición de publicaciones periódicas o puntuales que específicamente abordan la cuestión¹²⁷; así como la creación de sitios web y listas electrónicas de discusión sobre la situación de los derechos de la mujer.

V. ALGUNAS CONCLUSIONES

A lo largo del presente ensayo hemos centrado nuestra atención en lo que hemos dado en llamar la progresiva “*generización*” de la protección internacional de los derechos humanos, conceptuada como el fenómeno de transversalidad o impregnación por el género, como concepto y perspectiva de análisis, de la tarea de reconocimiento, promoción y salvaguardia de los derechos humanos en sede internacional.

Tras el despliegue conceptual respecto de las nociones claves de la cuestión: género y perspectiva de género, sobre los paradigmas *biantinómicos* que la informan (universalidad/particularidad; igualdad/reconocimiento de la diferencia; público/privado), y establecidas algunas precisiones acerca del concepto de igualdad, nos hemos dedicado a localizar, en el universo de la protección universal y regional de los derechos humanos, instrumentos genéricos y específicos que permiten la protección de los derechos de la mujer a nivel internacional.

¹²⁵ Cfr. AMNISTÍA INTERNACIONAL, Revista nº 39 (edición de habla hispana), octubre-noviembre 1999, p. 12.

¹²⁶ Por ejemplo, en Junio de 1998 se celebró en Madrid un “Taller sobre cuestiones referentes a la igualdad de sexos”, brindado a las/los militantes de la Sección española de Amnistía Internacional, por el Equipo de Mujeres de dicha Sección. Para más información consultar AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Mujeres en Primera Línea. Boletín de Mujeres de Amnistía Internacional”, Enero 1999, Número I, pp. 14 y 16.

¹²⁷ Como publicaciones puntuales vid, entre otras: AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Los derechos humanos: un derecho de la mujer”, Índice de AI: ACT 77/01/95/s, EDAL, Madrid, 1995, 108 pp. AMNISTÍA INTERNACIONAL, “1998: ¿Un buen año para los derechos humanos de la mujer?. Las Naciones Unidas, los gobiernos y los derechos humanos de la mujer?”, Índice de AI: IOR 40/12/97/s, Secretariado Internacional AI, EDAL, Enero 1998. AMNISTÍA INTERNACIONAL, “La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas de iniciación”, EDAL, Madrid, 1999, 110 pp. Entre las de tipo periódico: AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Mujeres en Primera Línea...”, *op. cit.*

De un análisis de conjunto de tales instrumentos constatamos cómo cada vez reflejan una mayor dimensión de género, llegando algunos a recoger en su tenor literal la misma palabra género (Convención de Belem do Pará y Estatuto de la CPI), e incluso su definición (Estatuto de la CPI). El punto de partida de la evolución normativa internacional estuvo en instrumentos genéricos que consagran el derecho a la igualdad, la prohibición de la discriminación, y excepcionalmente algún derecho específico a la mujer, sobre todo vinculados a la esfera de la maternidad o el matrimonio; poco después se logró, en relación a la mujer, la adopción de convenciones sobre nacionalidad y derechos civiles y políticos. Y así se ha seguido progresando hasta nuestros días, con la adopción de otros textos legales internacionales específicos sobre la mujer (declaraciones, convenciones, documentos emanados de la cumbre de Pekín) o con un alto contenido sobre su situación y derechos (otros textos adoptados en conferencias mundiales); todos ellos persiguen superar la desigualdad histórica entre mujeres y hombres, y lograr, sobre todo, protegerla de la discriminación y de la violencia.

Asimismo, esa progresividad se observa en los mecanismos de control de los que los diferentes Sistemas internacionales de derechos humanos se dotan, para la efectiva salvaguarda de los derechos consagrados en los instrumentos adoptados. Su análisis alzado también nos indica que los Estados van cediendo paulatinamente su apego a la soberanía, para hacer lugar a una cada vez mayor capacidad de acción de la persona humana en la esfera internacional; pues el sistema de reclamaciones individuales tiende a instaurarse, en la órbita del derecho internacional de los derechos humanos, como el mecanismo óptimo de control y salvaguarda de tales derechos.

Esa tendencia también se manifiesta en la esfera propia de los mecanismos de los que se dota a la protección de los derechos de la mujer en sede internacional, sobre todo en el ámbito de los sistemas de protección de derechos humanos gestados en el seno de Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos. Así lo evidencian la adopción de un Protocolo Facultativo para la tramitación de quejas individuales ante el Comité de la CEDAW, y la previsión de la Convención de Belem do Pará que faculta la presentación de tal tipo de comunicaciones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En lo que atañe a la vertiente pasiva de la subjetividad internacional de la persona individual, cabe destacar la consolidación de la responsabilidad internacional de los individuos que incurran en ciertas conductas, tipificadas como crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, que tengan por víctima a la mujer (Estatuto de la CPI).

Asimismo, el proceso de “*generización*” alcanza a las propias Organizaciones Internacionales Intergubernamentales, y también a algunos de los órganos administrativos o judiciales que existen (TEDH, CIDH), o se instaurarán (CPI) en el seno de las mismas, para el control internacional de violaciones a los derechos

humanos. Vimos como Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos y el Consejo de Europa presentan notables indicios de tal metamorfosis, que podríamos resumir en: 1.- las tres organizaciones disponen de algún tipo de órgano específico dedicado a fomentar la igualdad entre mujeres y hombres; y 2.- progresivamente van intentando insertar la perspectiva de género en sus propias estructuras y actividades.

También terminábamos ejemplificando cómo algunas instituciones internacionales de promoción y defensa de los derechos humanos (IIDH, AI) están insertas en ese proceso de "*generización*".

Los avances en la materia son pues considerables: en medio siglo se ha logrado mucho más que en dos mil años de historia en el reconocimiento y protección, a nivel nacional e internacional, de los derechos de la mujer. Algo se ha avanzado en la desnaturalización de las diferencias entre mujeres y hombres, así como en la visibilidad de los problemas que históricamente aquejan a la mitad de la humanidad, pues cada vez son mayores los cuestionamientos a la cultura patriarcal por muchas mujeres y algunos hombres; asimismo, el movimiento mundial de mujeres es imparable y cada vez está mejor organizado. Vemos que la propia dinámica de la protección internacional de los derechos humanos va rompiendo moldes de a poco, e integrando en sus esquemas una mirada género-sensitiva.

El panorama, sobre todo comparado con los siglos que nos preceden, es ciertamente halagüeño y la tendencia "*generizante*" irreversible, pero no nos puede llevar a dejar de lado las dificultades y desafíos que aún nos acucian.

¿Qué dificultades?: la aún notable invisibilidad de la problemática que rodea a la mujer a escala mundial, que muchas veces no pasa de ser mirada con ojos "políticamente correctos"; el arraigo de la cultura patriarcal en hombres y mujeres, no es ajena a los ámbitos más progresistas, incluidos los de derechos humanos. Y por sobre todo la exclusión social, generada por la pobreza y la marginación, en la que viven la inmensa mayoría de mujeres y hombres en pleno fin del milenio; en tales circunstancias esas personas difícilmente van a formar parte del proceso de "*generización*" del que hablamos.

Los desafíos, en la esfera estricta de la protección internacional de los derechos humanos en relación con la mujer, pasan porque la comunidad internacional en su conjunto adopte una real conciencia de género, y trate de ponerse a la altura de los avances normativos y protectores de los derechos de la mujer; de entrada mediante la ratificación universal y sin reservas de los instrumentos y mecanismos de protección existentes. Todos los países del mundo deben aplicar internamente esos compromisos internacionales, y contribuir a la dotación de los recursos necesarios a los órganos internacionales de protección de derechos humanos para que puedan, a cabalidad, desempeñar las funciones que les han sido encomendadas. Tales órganos tienen que mirar con mucha atención hacia la mujer, desarrollar jurisprudencia con contenido de

género tan pronto tengan oportunidad, e incorporar la perspectiva de género en su estructura y funcionamiento cotidiano.

Sin duda, el reto mayor es asegurar a todas las mujeres y hombres del mundo una vida digna, para que puedan tomar parte en la construcción de una refundada cosmovisión genérica, que pase a ser la cultura individual y colectiva de todo el planeta, y que nos permita crear, entre todas y todos, una humanidad nueva.

La Plata, invierno de 2000

LECTURA 3

Tomada de: Julissa Mantilla Falcón, "Documentación de casos de tortura con perspectiva de género", en *Consideraciones para la investigación y documentación de la tortura en México*, México, OACNUDH, 2007, pp. 173-196.

Documentación de casos de tortura con perspectiva de género

JULISSA MANTILLA FALCÓN*

I. Presentación

En los últimos años ha cobrado fuerza una corriente de análisis que promueve el estudio diferenciado por género de las violaciones de derechos humanos, prescindiendo de visiones tradicionales y aparentemente neutras. En la actualidad, cobra importancia una perspectiva de género para el estudio de las causas, de los hechos y de las consecuencias de las violaciones de derechos humanos. Teniendo como fuentes principales los tratados y la jurisprudencia internacional del derecho internacional en esa materia, se ha empezado a utilizar el análisis de género como una herramienta para la promoción y protección de los derechos humanos. Lo anterior cobra especial importancia en el caso de la tortura, considerando que debido al análisis de género, conductas que antes no se condenaban como violaciones a derechos humanos a nivel internacional hoy se entienden como formas de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Asimismo, el análisis de género permite una mejor comprensión de la discriminación y de su vínculo con las prácticas de tortura, tanto a nivel de sus objetivos como de sus resultados. Por ello, entender esta perspectiva y aplicarla a la documentación de casos de tortura resulta fundamental, como veremos a continuación.

La perspectiva de género

Muchas veces, al hablar de género se tiende a identificar este término con “la mujer” o “las mujeres”. En algunos sectores, se piensa que garantizar esta perspectiva implica solamente incorporar más mujeres en las organizaciones, usar un lenguaje diferenciado (“los y las”, “todos y todas”) o crear oficinas específicas para atender los derechos de la mujer. Todo esto tiene que ver con la perspectiva de género pero no es lo mismo ni agota el significado del término. Trataremos de hacer algunas aclaraciones.

Lo primero es entender que el “género” puede definirse como una construcción social elaborada con base en las diferencias de sexo,¹ lo que se suele denominar “el

* Abogada. Profesora de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue la encargada de la Línea de Género de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú.

² De Barbieri, Teresita, “Sobre la categoría de género. Una introducción teórico-metodológica”, *Revista Interamericana de Sociología*, Año VI, N° 2-3, México, 1997.

sexo socialmente construido”. Esto significa que con base en las diferencias biológicas (sexo) se elaboran y determinan las funciones, valores y relaciones para hombres y mujeres, creándose roles e identidades diferentes para ambos sexos (género).

Ahora bien, esta construcción de roles e identidades ha ubicado a las mujeres en una situación de subordinación y discriminación que les ha impedido el goce y ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales. Por ello es que diferentes instituciones y especialistas —al hablar de erradicar la discriminación de género— han enfatizado su preocupación en mejorar las condiciones de vida de las mujeres, lo cual ha llevado a la confusión inicialmente descrita.

En todo caso, cuando hablamos de un trabajo con perspectiva de género debemos tener en cuenta que la intención final es evidenciar las diferentes circunstancias en las que viven hombres y mujeres; cuestionar los conceptos tradicionales que asignan determinados roles y espacios a unos y a otras (el trabajo productivo frente al reproductivo), así como la neutralidad aparente de las definiciones de derechos humanos que atentan contra las diferencias entre las personas y que contribuyen a la discriminación.²

Aplicar una perspectiva de género en la investigación de las violaciones de derechos humanos, implica reconocer que hombres y mujeres resultan afectados de manera diferente. Esta perspectiva nos ayuda a identificar que las causas y consecuencias de dichas violaciones van a variar según sean hombres o mujeres las personas involucradas. Asimismo, nos permitirá entender el concepto de “violencia de género”, esto es, violencia que se da específicamente por el género de las víctimas.

1. Las diversas formas de violencia sexual como una forma de tortura

Uno de los casos más evidentes de violencia de género, es la violencia sexual, que afecta mayoritariamente y específicamente a las mujeres.³ Esta realidad no ha recibido la atención necesaria a nivel internacional sino hasta hace poco, lo cual dificulta su reconocimiento como una violación de derechos humanos y afecta el acceso de las víctimas a la justicia y la reparación del daño. Asimismo, en muchos casos las investigaciones no consiguen vencer el reparo de las afectadas en narrar los hechos debido a la vergüenza, al temor a ser estigmatizadas por la sociedad y por la falta de confianza en las entidades investigadoras.⁴

² En este sentido, la discriminación puede afectar a las personas no sólo por ser hombres o mujeres, sino por su raza, origen social, ideología, opción sexual o religiosa, entre otros aspectos.

³ Aunque también se produce violencia sexual contra los hombres, la realidad demuestra que esta práctica afecta mayoritariamente a las mujeres. Recomendación general 19, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 11° periodo de sesiones, 1992, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 84 (1994). La violencia contra la mujer.

<http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/Sgeneral19.htm>, visitada el 20 de noviembre de 2006.

⁴ Mantilla, Julissa, “La Comisión de la Verdad y Reconciliación en el Perú y la perspectiva de género: principales logros y hallazgos”, *Revista IIDH*, Núm. 43, Junio 2006, San José, Costa Rica, pp. 338-339.

Con la integración de la perspectiva de género en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, los hechos de violencia sexual empezaron a ser analizados de manera diferente. Dejaron de considerarse como hechos aislados y/o colaterales a las violaciones de derechos humanos y, por el contrario, los conceptos tradicionales se analizaron bajo otra perspectiva.

Las ONGs, las Comisiones de la Verdad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), entre otras entidades, dan cuenta de numerosos casos alrededor del mundo en los cuales se ha verificado un patrón de violencia sexual como una forma de tortura. Asimismo, se han empezado a tomar en cuenta las consecuencias específicas y diferenciadas para hombres y mujeres: si bien ambos pueden ser sometidos a una violación sexual, sólo las mujeres pueden resultar embarazadas. Lo mismo puede decirse de la jurisprudencia internacional que ha servido para consolidar el contenido y los alcances de esta figura, como veremos a continuación.

a) La violación sexual como tortura

A nivel internacional, un importante ejemplo en este tema se produce en el caso *Raquel Martín de Mejía*, analizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).⁵ En 1989, un grupo de hombres uniformados y enmascarados entró a la casa de la señora Martín de Mejía en busca de su esposo, Fernando Mejía Egocheaga, abogado, periodista y activista político militante en la Izquierda Unida. Esa noche, los enmascarados se llevaron al Dr. Mejía pero regresaron a los quince minutos. Entonces, uno de los hombres ingresó al hogar de los Mejía y violó a Raquel Martín. Veinte minutos después el mismo hombre regresó a la casa y violó nuevamente a la Sra. Martín.

Al revisar el caso, la CIDH analizó cada uno de los elementos de la tortura:⁶

1. Un acto intencional por el cual se inflija a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales;
2. Cometido con un propósito, y
3. Por un funcionario público o por una persona privada actuando por instigación del primero.

Al referirse al primer elemento, la CIDH tuvo en cuenta el sufrimiento físico y psicológico causado por la violación sexual. El reporte observó las consecuencias a corto y largo plazo para la víctima, considerando que la violación sexual le causó "penas y sufrimientos físicos y mentales". En este sentido, la CIDH menciona expresamente el testimonio de la víctima, quien afirmó que después de la violación "estaba en un estado de shock, sentada sola en [su] habitación. [...] Además, nadie quiere recono-

⁵ Reporte Nº 5/96, Caso 10.970, "Raquel Martín de Mejía", Perú, Marzo, 1996.

⁶ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

cer públicamente que ha sido violada. No se sabe cómo puede reaccionar el marido. [Por otro lado] la integridad de la familia está en juego, los hijos pueden sentirse humillados de saber que esto le ha ocurrido a su madre”.⁷

Asimismo, la CIDH tomó en cuenta que la práctica de violación por integrantes de las fuerzas de seguridad en el Perú había sido extensamente documentada durante el conflicto armado interno, tanto por parte de las fuerzas estatales como por los grupos subversivos. La CIDH caracterizó el abuso sexual como un “ultraje deliberado” a la dignidad de las mujeres.⁸

El segundo elemento, referido al propósito de los hechos, se verifica porque la Sra. Raquel Martín de Mejía fue violada con el objeto de castigarla personalmente y de intimidarla, ya que el agresor le dijo que ella había sido requerida como subversiva, al igual que su esposo. En cuanto al tercer requisito de la definición de tortura —relacionado al responsable de los hechos— la CIDH verificó que el perpetrador de las violaciones de Raquel Mejía era un miembro de las fuerzas de seguridad.

Como se ve, este caso resulta un precedente de importancia porque establece de manera clara que la violación sexual puede equivaler a tortura en determinadas circunstancias. Lamentablemente, el caso no llegó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte).

En abril del 2001, la CIDH encontró al Gobierno de México responsable por la detención y violación de las hermanas Ana, Beatriz y Cecilia González,⁹ quienes fueron detenidas el 4 de julio de 1994 por personal militar en el Estado de Chiapas. Las tres hermanas fueron golpeadas y violadas varias veces por personal militar pero el Estado negó la acusación de violación, argumentando que dicho personal había actuado dentro de sus facultades, cumpliendo con su obligación de proteger al pueblo mexicano mediante el arresto de las mujeres. Más aún, el Estado argumentó que los reclamos no podían ser investigados plenamente “debido a la falta de cooperación por parte de las víctimas”, quienes habían rehusado comparecer ante el Fiscal Militar y someterse a otro examen ginecológico más. Considerando que las tres víctimas eran integrantes del pueblo indígena *tzeltal* de México, la CIDH recordó al Estado mexicano su obligación de respetar las culturas indígenas; asimismo, destacó que el dolor y la humillación que sufrieron las mujeres se vio agravada por su condición indígena: en primer lugar, por el desconocimiento del idioma de sus agresores y de las demás autoridades participantes; y además, por el repudio de su propia comunidad como consecuencia de los hechos de violencia sexual.

Por otra parte y con relación a los exámenes médicos adicionales, la CIDH concluyó que el examen practicado inicialmente a las víctimas era suficiente, dado que cumplía con los parámetros establecidos por las Naciones Unidas en la materia, esto es, relataba las circunstancias en que tuvo lugar la entrevista con el nivel de detalle necesario, con datos suficientemente precisos y consistentes; se incluía la interpre-

⁷ *Caso Raquel Martín de Mejía, op. cit.*
<http://www.cidh.org/annualrep/95span/cap.III.peru10.970c.htm> visitada el 25 de noviembre de 2006.

⁸ *Caso Raquel Martín de Mejía, op. cit.*

⁹ Reporte nº 53/01, Caso 11.565, “Ana, Beatriz y Celia González Pérez”, México, Abril 4, 2001.

tación de la profesional a cargo acerca de los motivos probables de las lesiones constatadas, así como la recomendación del tratamiento respectivo; y se identificaba a la médica, quien se ponía a disposición para las aclaraciones necesarias.

De nueva cuenta, la CIDH sentó un precedente de importancia al establecer que la violación y las demás formas de agresión sexual se encuentran expresamente prohibidas por el derecho internacional. En este sentido, la CIDH concluyó que el Estado mexicano era responsable por la violación de derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH): derecho al trato humano y a la privacidad; derecho a la libertad personal; derecho a un debido proceso y protección judicial y, para el caso de *Celia González Pérez*, derechos del niño. Asimismo, la CIDH estableció que el Estado mexicano era responsable por la violación del artículo 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

En esta conceptualización de la violación sexual como tortura, es importante citar el Caso *Aydin vs. Turquía*¹⁰ en el cual la víctima —que tenía 17 años en el momento de los hechos— fue violada por agentes del Estado durante un interrogatorio en el contexto de los disturbios suscitados en el sureste de Turquía entre las fuerzas del orden y los miembros del Partido Laborista de Kurdistan, habiéndose decretado el estado de emergencia.

La detenida fue vendada y sometida a desnudos forzados y golpes; se le roció con agua helada y sufrió violación sexual. Una vez en libertad, denunció los hechos ante el Ministerio Público. En el contexto de la investigación penal, la víctima fue expuesta a varios exámenes médicos con el objetivo de verificar si era virgen. El caso llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual concluyó que la violación sexual cometida por un oficial del Estado es una forma especialmente grave y horrenda de maltrato, considerando la vulnerabilidad y poca capacidad de resistencia de la víctima por encontrarse detenida, así como por su edad.

Cabe resaltar que en este punto el Protocolo de Estambul¹¹ ha establecido que las manifestaciones físicas de la tortura pueden variar según “la intensidad, frecuencia y duración de los malos tratos, la capacidad de autoprotección que tenga el superviviente y su condición física previa a la tortura”.

Por su parte, el Tribunal Europeo señala en su sentencia que la violación deja consecuencias psicológicas profundas que no pasan con el tiempo, considerando la humillación de haber sido desnudada, la sensación de vulnerabilidad que esto provoca y el persistente miedo de ser violada en cualquier momento.

El texto de la sentencia aludió a varias fuentes legales internacionales¹² e informes de ONG’s internacionales, con base en los cuales se podía sustentar que en

¹⁰ *Caso de Aydin v. Turquía*, Corte Europea de Derechos Humanos, 25 de septiembre de 1997.

¹¹ Naciones Unidas. “Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, Serie de Capacitación Profesional N° 8, Rev.1, Ed. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra, 2005, p. 33.

¹² Entre ellos, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas y a las declaraciones públicas del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Turquía existía una práctica de tortura y otros tratos severos contra las personas detenidas por parte de los custodios policiales¹³ y a las violaciones de mujeres detenidas por los agentes estatales con el objetivo de extraer información, confesiones, intimidar o castigar, lo cual, a la luz de la interpretación del derecho internacional se configura como tortura, y por tanto como una violación de derechos humanos.¹⁴

Como se ve, es importante que en la documentación de casos se haga uso de fuentes escritas, reportes internacionales y demás materiales que puedan dar información sobre el contexto de los hechos y los casos concretos.

b) La evolución del concepto de violencia sexual

Como se ha visto, el concepto de violencia sexual ha evolucionado internacionalmente, permitiendo un análisis más efectivo y completo de los hechos. En este punto, conviene mencionar el Caso *MC vs. Bulgaria*,¹⁵ el cual contiene una amplia revisión de las disposiciones que regulan el delito de violación sexual a nivel interno en varios países europeos y la recopilación de las principales sentencias de los tribunales internacionales. Por ejemplo, en este caso el tribunal observó que la exigencia de resistencia física por parte de la víctima ya no figura en las leyes de los países europeos. Mientras en muchos países la definición de violación sexual engloba referencias al uso de violencia o amenazas de violencia por parte del agresor, la jurisprudencia privilegia la falta de consentimiento como el elemento básico del concepto de violación sexual.

En esta sentencia, se señala que el desarrollo del derecho y de la práctica refleja la evolución de las sociedades hacia el respeto de la autonomía sexual de cada persona. Por eso, cualquier aproximación rígida a la investigación judicial de las ofensas y abusos sexuales —tal como requerir la prueba de resistencia física en todas las circunstancias— significa dejar impunes ciertos tipos de violencia sexual. Por ello, la sentencia señaló la importancia de que los Estados realicen las reformas necesarias para que fueran penalizados los casos de actos sexuales no consentidos, considerando que las víctimas de abusos sexuales —en particular, las jóvenes menores de edad— frecuentemente no ofrecen resistencia física a los agresores debido a una variedad de factores psicológicos o por el miedo que tienen al perpetrador.

Las anteriores ideas deben considerarse al momento de analizar cualquier práctica de tortura que implique la comisión de violencia sexual, de modo que se garantice la documentación de los hechos y la investigación efectiva.

¹³ Declaración pública del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y los tratos o castigos inhumanos o degradantes, 15 de diciembre de 1992 (CPT/inf (93) 1). Párrafos 2, 10 y 21.

¹⁴ Esta información fue presentada por Amnistía Internacional. Asimismo, se hizo referencia al Informe Final de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativo al Caso de "Raquel Martín de Mejía", los Informes del Relator Especial de Tortura de Naciones Unidas y a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia.

¹⁵ *Caso M.C. v Bulgaria*, Corte Europea de Derechos Humanos, 4 de diciembre de 2003.

c) *La violencia sexual en el contexto de otras violaciones de derechos humanos*

En muchas ocasiones, la violencia sexual ocurre en otros contextos de violaciones de derechos humanos. Al respecto, suele suceder que en el momento de investigar estos hechos sin una perspectiva de género, se pierde la especificidad de los hechos de violencia sexual que afecta masivamente a las mujeres y se habla, por ejemplo, de “la tortura” en términos generales sin reparar en “la tortura sexual”, por ejemplo.

Sobre este tema, podemos citar la reciente sentencia *Castro Castro vs. Perú*¹⁶ ante la Corte. Este caso se refiere al operativo estatal “Mudanza 1” que fue desarrollado en 1992 en el Perú con el objetivo de trasladar a un grupo de internas del penal Miguel Castro Castro, contexto en el cual se produjeron ejecuciones extrajudiciales. En el momento de analizar los hechos, la Corte deja de lado una aproximación neutral y decide tomar como referencia de interpretación la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Para).

Aplicando una perspectiva de género, la Corte analizó las violaciones a la integridad personal de las internas afectadas por el operativo de traslado, destacando que las prisioneras tuvieron que arrastrarse pegadas al piso y pasar por encima de cuerpos de personas fallecidas, para evitar ser alcanzadas por las balas, lo cual resultó particularmente grave en el caso de las mujeres embarazadas por arrastrarse sobre su vientre. En el caso de éstas últimas, la Corte sostuvo que experimentaron un sufrimiento psicológico adicional, ya que “además de haber visto lesionada su propia integridad física, padecieron sentimientos de angustia, desesperación y miedo por el peligro que corría la vida de sus hijos”. En otro apartado, la Corte se refiere al tratamiento que deben recibir las mujeres detenidas o arrestadas, esto es, que “no deben sufrir discriminación, y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación”.¹⁷ Por ello, “ha indicado que las detenidas deben ser supervisadas y revisadas por oficiales femeninas y las mujeres embarazadas y en lactancia deben ser proveídas con condiciones especiales durante su detención”.¹⁸

La Corte sostiene que la desnudez forzada que sufrieron las internas tuvo características especialmente graves para las mujeres sometidas a ese trato. Asimismo, durante todo el tiempo que permanecieron en este lugar, a las internas no se les permitió asearse y, en algunos casos, para utilizar los servicios sanitarios debían hacerlo acompañadas de un guardia armado, quien no les permitía cerrar la puerta y les apuntaba

¹⁶ *Caso Castro Castro v. Perú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de noviembre de 2006.

¹⁷ *Ibidem*, Párrafo 303.

¹⁸ La Corte hace referencia en este punto a las *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. Párrafos 23 y 53.

con el arma mientras hacían sus necesidades fisiológicas. La Corte hace notar el contexto en el que fueron realizados dichos actos, ya que las mujeres que los sufrieron se hallaban sujetas al completo control del poder de agentes del Estado, absolutamente indefensas y concluyó que esas mujeres, además de recibir un trato violatorio de su dignidad personal, también fueron víctimas de violencia sexual, “ya que estuvieron desnudas y cubiertas con tan solo una sábana, estando rodeadas de hombres armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado”.¹⁹

En este sentido, la Corte menciona cómo una interna —al ser trasladada al Hospital de la Sanidad de la Policía— fue objeto de una “inspección” vaginal dactilar, realizada por varias personas encapuchadas a la vez. En este punto, la Corte sigue el criterio jurisprudencial del derecho penal internacional, considerando que:

la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril.²⁰

La Corte consideró que esta supuesta “inspección” vaginal dactilar constituyó una violación sexual que —por sus efectos y como resultado, sus evidentes intenciones derivadas del contexto y forma en que ocurrieron— constituye tortura. Por lo tanto, el Estado peruano fue hallado responsable por la violación de los derechos consagrados en el artículo 5.2 (Derecho a la integridad personal) de la Convención Americana, así como por la violación de los artículos 1º (Obligación de respetar los derechos humanos), 6º (Prohibición de la esclavitud y servidumbre) y 8º (Garantías judiciales) de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Aunado a lo anterior, la Corte resalta que la incomunicación severa tuvo efectos particulares en las madres reclusas que —ante la imposibilidad de comunicarse con sus hijos— padecieron un sufrimiento psicológico adicional. En este punto, debe tenerse presente que el Protocolo de Estambul²¹ ha establecido que ciertas formas de tortura pueden no dejar signos físicos, pero pueden ir asociadas a otros procesos: tal es el caso de una dieta y una higiene deficientes durante la detención que pueden originar síndromes de carencias vitamínicas. En los casos de mujeres embarazadas, el impacto de este tipo de situaciones es especialmente grave. Por ejemplo, y como la Corte señala en esta sentencia, las mujeres que sufrieron la desatención de sus necesidades fisiológicas, especialmente en cuanto a su salud pre y post natal, fueron víctimas de una violación adicional a la integridad personal.²²

¹⁹ *Caso Castro Castro v. Perú*, *op. cit.*, Párrafo 306.

²⁰ *Caso Castro Castro v. Perú*, *op. cit.*, Párrafo 310.

²¹ Protocolo de Estambul, *op. cit.*, p. 33.

²² Debe notarse que la Corte analiza todas estas conductas como una violación al derecho a la integridad personal, sin distinguir específicamente los actos de tortura de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

d) *Violencia sexual generalizada o sistemática*

Adicionalmente a los casos revisados, resulta de especial relevancia las sentencias de los tribunales penales internacionales para la Ex Yugoslavia (TPEY, 1993) y para Rwanda (TPR, 1994).²³ Entre los principales aportes de la jurisprudencia del TPEY está el caso *Tadic*,²⁴ relativo a casos de violación y abusos sexuales cometidos en las prisiones de Omarska y Trnopolje, en contra de mujeres bosnio-croatas y bosnio-musulmanas.

Dasko Tadic era un oficial del campo de Omarska que fue condenado no por haber cometido un acto de abuso sexual, sino por su participación en una campaña sistemática y generalizada de terror que incluyó maltratos, tortura, abusos sexuales y otros abusos físicos y psicológicos contra la población no serbia de la región de Prijedor. Al respecto, es importante señalar que el TPEY no recurrió a la afirmación común de que la violación es un acto fortuito o arbitrario en el contexto de una guerra. En este punto, es importante mencionar que al inicio de su labor, la Fiscalía del TPEY decidió centrar sus investigaciones en las golpizas que habían recibido los prisioneros hombres y dejar de lado los casos de violaciones sexuales contra las mujeres. Ante ello, se presentó un *amicus curiae*,²⁵ que resaltaba lo erróneo de no considerar la violación dentro de los crímenes a investigarse, lográndose de esta forma que la acusación a Tadic incluyera cargos por estos hechos.

En otro caso ante el TPEY, el caso *Foca*,²⁶ la acusación contenía cargos por violación sexual como tortura y esclavitud y otras formas de violencia sexual, como la desnudez forzada y el entretenimiento sexual como tratamiento inhumano.²⁷ En este caso, luego de escuchar el testimonio de 25 mujeres, el TPEY encontró que los acusados Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic eran culpables de la violación sexual de mujeres y niñas musulmanas en la localidad de Foca, ubicada al este de Bosnia-Herzegovina. En cuanto a los hechos de violación sexual, la defensa del acusado sostuvo que la resistencia de la víctima debía haber sido real durante

²³ Es importante tener presente que los tribunales penales internacionales sólo analizan casos de delitos internacionales, esto es, delitos cometidos de forma generalizada o sistemática y/o en el contexto de situaciones de conflictos armados.

²⁴ Caso *Tadic*, Tribunal para la Ex Yugoslavia, 7 de mayo de 1997. <http://www.balkan-archive.org.yu/kosta/pisma/970507jt.htm>, visitada el 10 de enero de 2007.

²⁵ Citado por Copelon, R. (2000). Copelon, R., F. Gaer & J.Green, Amicus Memorando Re: Application for Deferral by the Republic of Germany in the Matter of Dusko Tadic (Dusan "Dule" Tadic). Un *amicus curiae* es un documento que se remite a las cortes por organizaciones e individuos que no son partes en el juicio pero que desean promover ciertas interpretaciones de la ley en casos específicos. En este caso, quien lideró el *amicus curiae* es una reconocida profesora de derecho, Rhonda Copelon y también activista integrante del Centro de Derechos Constitucionales de Nueva York.

²⁶ Caso *Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic (Caso Foca)*. Tribunal para la Ex Yugoslavia, 12 de junio de 2002. <http://www.un.org/icty/foca/appeal/judgement/kun-aj020612e.pdf>, visitada el 12 de enero de 2007.

²⁷ Para una revisión completa de la jurisprudencia del Tribunal, visitar <http://www.un.org/icty/>

todo el acto sexual, porque de otra forma se podía concluir que ella había consentido. Sin embargo, la sentencia enfatizó que la violación de la autonomía sexual debía ser sancionada y que hechos de fuerza, amenaza o coerción anulaban cualquier indicio de consentimiento.

Respecto de la valoración de la prueba, el Tribunal, en el Caso *Foca*, no aceptó el argumento de los acusados, quienes sostenían que el sufrimiento debía ser visible, porque consideraron que algunos actos —como la violación sexual— establecen por sí mismos el sufrimiento de las víctimas. En este sentido, el Tribunal tuvo por probado el sufrimiento aún sin un certificado médico, estableciendo que la violencia sexual daba lugar a dolor o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, considerando entonces que con solo probar la violación se acreditaba el sufrimiento severo que configura la tortura.²⁸ Este tema es importante en el momento de documentar hechos de violación sexual, considerando las dificultades de probanza que se producen al investigarlos.

De igual manera, el Tribunal encontró que las formas de penetración sexual forzada infringidas sobre las mujeres se dieron con el propósito de interrogar, castigar o ejercer coerción y por lo tanto, constituían tortura.²⁹ De forma similar, el caso contra *Antón Furundzija*,³⁰ comandante bosnio-croata, se centró en la violación como tortura ocurrida durante el proceso de interrogatorio de una mujer prisionera. La sentencia, en este caso, establece y reconoce la violación cometida durante el interrogatorio como un medio de castigo, intimidación, coacción y humillación a la víctima o una tercera persona y, consecuentemente, un acto de tortura.

El caso *Celebici*,³¹ por su parte, reconoce que la violación infringe sufrimiento físico y psíquico, y que en situaciones de conflicto armado, cuando ésta ocurre con el consentimiento o la aquiescencia de un oficial, cumple con el elemento de intencionalidad propia de la tortura. El Tribunal sostuvo que cuando esta violencia es cometida contra las mujeres por el hecho de ser mujeres, se verifica además el propósito de la discriminación por razones de género como la finalidad u objetivo de la tortura.³²

³⁰ Ana Elena Obando, en el marco de su ponencia realizada para el Seminario Internacional sobre la Corte Penal Internacional y el Estatuto de Roma: Adecuación de la Legislación Peruana (22 de agosto de 2002). En: http://www.iccnw.org/espanol/ponencias/Ana_Obando.pdf, visitada el 14 de febrero de 2006.

³¹ Review of Reports, Studies and Other Documentation for the Preparatory Committee and the World Conference A/CONF.189/PC.3/5, 27 July 2001. (Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia. Comité Preparatorio. Tercera sesión. Ginebra, 30 de Julio al 10 de agosto de 2001).

³² *Caso Furundzija*. Tribunal para la Ex Yugoslavia, 10 de diciembre de 1998. <http://www.un.org/icty/pressreal/p372-e.htm>, visitada el 12 de enero de 2007.

³³ *Caso Celebici*. Tribunal para la Ex Yugoslavia, 16 de noviembre de 1998. <http://www.un.org/icty/pressreal/p364-e.htm>, visitada el 12 de enero de 2007.

³⁴ Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2002. *Derechos de la Mujer*. Bogotá, Colombia.

Por lo que respecta al TPR, es importante mencionar el proceso que llevó al desarrollo de una jurisprudencia importante en materia de violencia sexual. En general, la Fiscalía consideraba que la violación sexual era un crimen menor imposible de probar porque las mujeres no querían hablar sobre ella, pese a que existía información sobre múltiples casos de violencia sexual en la comunidad de Taba, liderada por su alcalde Jean Paul Akayesu. Al igual que en TPEY, diferentes organizaciones prepararon un *amicus curiae* que apelaba a la Corte para que interviniera asegurando la inclusión de la violación sexual como hecho constitutivo de los cargos de genocidio, así como en los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, lográndose que la acusación se modificara.

Por lo anterior, es importante referirse a la sentencia del caso *Akayesu*³³ en la que por primera vez se reconoce que los actos de violencia sexual pueden ser elementos constitutivos de genocidio si se cometen con el propósito específico de destruir, en todo o en parte, a un grupo determinado al que se toma como objetivo,³⁴ causándole graves daños corporales o mentales a sus miembros. Asimismo, se consideró que la violación podía, en ciertos contextos o por la forma en que se lleva a cabo, tener como finalidad la de evitar nacimientos dentro de un grupo. En este sentido, en sociedades donde la etnia era determinada por la identidad del padre, el violar a sus mujeres con el objeto de embarazarlas implicaba dar luz a un niño o niña que finalmente no pertenecería a su propio grupo. La violación sexual, con su potencial de producir infertilidad o de hacer imposible la relación sexual, así como para someter a mujeres psicológica y culturalmente e incapacitándolas para la reproducción, también podía ubicarse dentro de las medidas para impedir nacimientos en el seno de un grupo.³⁵

Asimismo, la condena de *Akayesu* se fundamenta en el conocimiento del acusado de la comisión de actos de violencia sexual en los locales de la comuna de Taba, sin haber adoptado ninguna medida para evitar los actos de violencia sexual. Por el contrario, el Tribunal sostuvo que “el acusado tenía motivos para saber y, de hecho sabía, de la comisión de actos de violencia sexual en los locales de la comuna o en sus inmediaciones y que de dichas dependencias se trasladaba a las mujeres para violarlas. [...] el acusado ordenó, indujo, ayudó de otras maneras y aprobó la comisión de actos de violencia sexual”.³⁶

³³ *Caso Akayesu*. Tribunal para Rwanda. 2 de octubre de 1998. <http://69.94.11.53/ENGLISH/cases/Akayesu/judgement/ak81002e.html>, visitada el 12 de enero de 2007.

³⁴ Comisión de Derechos Humanos (2001). Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género. La violencia contra la mujer E/CN.4/2001/73. 23 de enero de 2001. Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias. La violencia contra la mujer perpetrada y/o condonada por el Estado en tiempos de conflicto armado (1997-2000).

³⁵ Copelon, Rhonda. “Gender Crimes as War Crimes: Integrating Crimes against Women into International Criminal Law.”, 4,6 *Mc Gill L.J.* 217, 2000, p. 9.

³⁶ *Derechos de la Mujer*, Colombia, *op. cit.*, p. 102.

Es importante señalar que en la definición que se incluye en la sentencia, la violación sexual se reconceptualiza como un atentado a la seguridad de la mujer y no una afectación a la honra de la comunidad. Esta definición incluye el concepto de desnudo forzado, con lo cual se asentó que los actos de agresión sexual no se limitan a aquéllos que entrañan la penetración y ni siquiera al contacto sexual. En este sentido, el fallo sostiene que “la violación constituye una forma de agresión y que los elementos fundamentales del delito de violación no pueden reducirse a la descripción mecánica de objetos y partes del cuerpo. La sala define la violación como una invasión física de índole sexual, perpetrada contra una persona en circunstancias que entrañan coacción”.³⁷ Como se ve, la definición que aporta la sentencia debe ser el punto de partida para la documentación de los casos de violencia sexual que a la vez que la ley entiende como una forma de tortura, en atención al dolor, pena o sufrimiento que genera, y por lo tanto su naturaleza violenta. En este sentido, la investigación no debe limitarse a las nociones tradicionales que privilegian los casos de violación sexual, sino que deben considerar también otras formas de violencia sexual, siempre y cuando se comprueben los demás requisitos que constituyen la tortura.

2. Análisis de experiencias comparadas: Las Comisiones de la Verdad³⁸

Un espacio importante de investigación de violaciones de derechos humanos está constituido por las Comisiones de la Verdad. Si bien no existe un modelo único de “Comisión de la Verdad”,³⁹ estas entidades pueden definirse como organismos de investigación de violaciones masivas de derechos humanos, cuyo objetivo principal es ayudar a las sociedades a confrontar su pasado con la idea de superar las crisis originadas por la violencia y evitar su repetición. Para ello, investigan los hechos, elaboran propuestas de reparación del daño causado y de reformas institucionales que garanticen que las condiciones que facilitaron y/o propiciaron los hechos violatorios sean modificadas.⁴⁰

Numéricamente, son aún muy pocas las Comisiones de la Verdad que han trabajado con una perspectiva de género y/o con una preocupación especial por la violencia de género tanto en el momento de diseñar su trabajo como en el proceso de documentación de los hechos. Sin embargo, es importante citar estos ejemplos como una manera de ejemplificar el impacto de esta perspectiva en el trabajo en derechos humanos, así como los retos encontrados en estos procesos.

³⁷ *Derechos de la Mujer*, Colombia, *op. cit.*

³⁸ Mantilla, Julissa, “La perspectiva de género en la búsqueda de la verdad, la justicia y la reconciliación: el caso del Perú”, en: *Más allá del derecho. Justicia y género en América Latina*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, Colombia, 2006, pp. 428 y siguientes.

³⁹ Para una completa revisión de las CV en el mundo: Hayner, Priscilla. 2001. “Verdades Nunca Reveladas”, documento presentado en la conferencia Comisión de la Verdad: Experiencias históricas y lecciones para el Perú, organizado por Asociación Pro Derechos Humanos APRODEH, 2 de enero 2001, <http://www.aprodeh.org.pe>, visitada el 22 de noviembre de 2006.

⁴⁰ Valdez, Patricia. “Comisiones de la Verdad. El camino recorrido.”, 2001, pp. 51 a 56 y 168.

a) *Violencia sexual en el contexto de conflicto armado*

En este punto nos podemos referir al caso de la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala (CEH) que fue establecida en 1997,⁴¹ tras aproximadamente treinta años de conflicto interno, a consecuencia del cual se produjeron gravísimas violaciones a los derechos humanos. La CEH fue una consecuencia de los acuerdos de paz entre el gobierno y la coalición de grupos guerrilleros integrantes de la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG). Se creó con el objeto de identificar las violaciones de derechos humanos y los hechos de violencia ocurridos en conexión con el conflicto guatemalteco a partir de 1961.⁴²

La CEH presentó su reporte en 1999, el cual incluyó un capítulo referido a la violencia sexual contra las mujeres, estableciendo que se trató de una práctica generalizada y sistemática que fue utilizada como verdadera arma de terror⁴³ en el marco de la estrategia contrainsurgente. Se sostuvo que no se trató de actos aislados, con lo que se deja de lado la idea tradicional según la cual los actos de violencia sexual son “daños accesorios” en los enfrentamientos armados. En efecto, el informe presenta casos de violación sexual, aborto forzado, violencia contra mujeres embarazadas y violación sexual de mujeres que iban a ser ejecutadas, entre otros hechos.

El informe analiza también que la violencia sexual contra las mujeres tuvo una connotación especial: buscaba ofender y humillar al varón, en su función tradicional de protector de la familia, así como afectar a la comunidad en pleno. Estudia también las dificultades que tuvieron que afrontar los investigadores en el momento de intentar recoger información de las víctimas, puesto que las mujeres no relataban el abuso sexual al que fueron sometidas.

Es importante considerar que los casos de violaciones sexuales individuales o selectivas se presentaron como patrones generales en el contexto de la detención de las víctimas y muchas veces fueron seguidas de su muerte o desaparición. En los casos de violaciones masivas o indiscriminadas y públicas, éstas se registraron en áreas de gran concentración indígena, de modo previo a masacres “o como parte de operaciones de tierra arrasada”.⁴⁴

Asimismo, en el capítulo específico sobre tortura, el Informe se refiere a la tortura sexual⁴⁵ estableciendo que ésta consistía en violencia directa en los órganos

⁴¹ Juan Hernández Pico. “Memoria del silencio: un informe estremecedor”, 1999. <http://www.envio.org.ni/articulo/935>, visitada el 12 de enero de 2007.

⁴² Mantilla, Julissa, “La perspectiva de género en la búsqueda de la verdad, la justicia y la reconciliación: el caso del Perú”, *op. cit.*

⁴³ Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico, “Guatemala: memoria del silencio”. 1999, Vol. 3, Capítulo 2. <http://shr.aaas.org/guatemala/ceh/mds/spanish/cap2/vol2/tort.html>, visitada el 29 de noviembre de 2006.

⁴⁴ <http://shr.aaas.org/guatemala/ceh/mds/spanish/cap2/vol3/mujer.html>

⁴⁵ Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala, <http://shr.aaas.org/guatemala/ceh/mds/spanish/toc.html>, visitada el 29 de noviembre de 2006.

genitales por medio de animales, botellas o porras, y golpes o corriente eléctrica aplicada a dichos órganos. En el caso de las mujeres, éstas fueron interrogadas desnudas y la forma más común de violencia sexual utilizada en su contra era la violación sexual, la que incluso se llegó a practicar de manera masiva. Entre las consecuencias de estos hechos, el Informe da cuenta de las enfermedades venéreas. En el caso de los hombres, éstos fueron violados a través de la introducción de objetos. Asimismo, el Informe narra que a los hombres se les aplicaron cables eléctricos en el ano o en los genitales.

Como sucederá en otras experiencias, en el caso guatemalteco la mayoría de los testimonios sobre las violaciones sexuales no provinieron de las víctimas directas, las cuales no deseaban hablar de los hechos. Asimismo, muchos casos de mujeres víctimas de violaciones sexuales eran desconocidos incluso por sus familiares más cercanos y, lógicamente, por su propia comunidad, debido a la vergüenza que el hecho suscitaba en las víctimas.⁴⁶

De igual forma, el Informe resalta que para entender la violencia que sufrieron las mujeres había que tener presente su adscripción étnica, ya que en gran número fueron mujeres mayas las víctimas. De acuerdo con los testimonios que la CEH recibió, pocas mujeres indígenas víctimas de violación sexual habían socializado su dolor con otras mujeres víctimas de la misma violencia, lo cual contribuyó a aumentar el aislamiento y el sentimiento de culpabilidad. El estigma que marca a las mujeres mayas víctimas de violación sexual provoca el horror al rechazo familiar o comunitario. Algunas de las sobrevivientes de agresiones sexuales se desplazaron incluso a otra comunidad precisamente para no vivir la vergüenza de estar marcadas como “mujer violada”. Estas mujeres han tenido que sobrevivir al miedo de “ser descubiertas” y al pánico de que otros las culpabilicen.

Incluso, no se reconocía la agresión sufrida como tal, lo cual se muestra en el uso de eufemismos “cosificantes” para referirse a la violación sexual: las víctimas o testigos usan las palabras “pasar” o “usar” en vez de violar (los soldados pasaron por ellas, las usaron). Por ello, cabe señalar que el lenguaje de las víctimas es fundamental en el momento de documentar las violaciones de derechos humanos.

b) Incorporación de perspectiva de género en el trabajo de las Comisiones de la Verdad

En el caso del Perú, la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú (CVRP)⁴⁷ fue establecida en el 2001 con el objetivo de investigar los crímenes y violaciones de derechos humanos ocurridos en ese país durante el conflicto armado interno, entre 1980 y el 2000, cometidos por los grupos subversivos (Sendero Luminoso y el MRTA) y los representantes del Estado.

⁴⁶ Perlin, Jan. “The Guatemalan Historical Clarification Commission finds Genocide”, 6 ILSA, *Journal of International and Comparative Law*, 2000.

⁴⁷ Mantilla, Julissa. “La Comisión de la Verdad y Reconciliación en el Perú y la perspectiva de género: principales logros y hallazgos”, *Revista IIDH*, Núm. 43, junio 2006, San José, Costa Rica.

Cuando la CVRP inició su trabajo, no existía una conciencia clara en el país sobre la grave situación de violencia sexual sufrida por las mujeres peruanas. En este sentido, el mandato de la CVRP no establecía la obligación específica de incorporar una perspectiva de género en sus trabajos ni de analizar la violencia de género.

Sin embargo, y debido a una labor intensa de parte de la línea de género que finalmente se constituyó en la CVRP, el informe final contempló un capítulo específico sobre violencia sexual contra las mujeres que incluía entre las formas de violencia sexual los casos de prostitución, unión, aborto y embarazo forzados, así como esclavitud y violación sexuales. Como se ve, la definición no se restringió a los casos de violación sexual, lo cual significó un avance importante sobre otras investigaciones que sólo habían analizado estos casos. Este punto fue crucial en el momento de investigar los casos y recoger los testimonios de las víctimas.

Un aporte destacable de este capítulo es el reconocimiento de la subrepresentación de los casos de violencia sexual en cuanto a las estadísticas totales y el número de testimonios recibidos por la CVRP. Esta subrepresentación —que podía ser vista como una dificultad en el momento de decidir que se incluyeran los casos de violencia sexual contra las mujeres en el informe final— fue entendida como una realidad, analizándose sus causas.

Así, una primera explicación tiene que ver con el sentimiento de culpa y vergüenza que acompaña a la víctima que recibe la condena de su familia y de su comunidad, elemento que también se presentó en las experiencias revisadas en apartados anteriores. Por otra parte, se encuentra la falta de reconocimiento de la violencia sexual como una violación de los derechos humanos. Una siguiente explicación se relaciona con el rol en que las mujeres acudían a la CVRP, esto es, en calidad de testigo de las violaciones a los derechos humanos de otras personas y no como víctimas directas. Así, sus historias pasaban a segundo plano.

Otra razón que explica la subrepresentación fue que los casos de violencia sexual se produjeron en el marco de otras violaciones de derechos humanos tales como las detenciones arbitrarias, ejecuciones arbitrarias y tortura, principalmente. Esta realidad propiciaba que no se recuperaran necesariamente los hechos de violencia sexual, ya que sólo se registraba la violación de derechos humanos considerada como “principal” o más importante.⁴⁸ Estos aspectos deben tenerse presentes en cualquier labor de documentación.

Debe mencionarse que el informe final incluyó un capítulo específico sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el cual se describieron estos hechos cometidos tanto por los grupos subversivos como los representantes de las fuerzas estatales.

Así, por ejemplo, al analizar los actos cometidos por los grupos subversivos, la CVRP concluyó que la agresión sexual a las mujeres se producía como una forma de “castigo” o “represalia” cuando la víctima se negaba a formar parte de sus filas o como

⁴⁸ Mantilla, Julissa. “La Comisión de la Verdad y Reconciliación en el Perú y la perspectiva de género: principales logros y hallazgos”, *op. cit.*

represalia por algún hecho relacionado con su pareja o un miembro de su familia de sexo masculino. Aplicando una perspectiva de género, la CVRP pudo identificar como una modalidad de trato degradante el corte de pelo de las mujeres. Los subversivos sabían del impacto que este hecho causaba entre las mujeres campesinas, que acostumbra usar el cabello en largas trenzas como parte de su identidad cultural.

En cuanto a los hechos cometidos por los integrantes de las fuerzas armadas y policiales, se documentaron situaciones de aplicación de electricidad a las víctimas como modalidad de tortura. Estableciendo una perspectiva de género en la documentación, el Informe relata cómo en el caso de las mujeres la electricidad se aplicaba generalmente en los pezones y los genitales y en el caso de los hombres en los dedos, las encías, la lengua, el pene y el ano.

Con relación a los hechos cometidos por los representantes estatales, se documentan casos de violación sexual masculina producidos mediante la introducción del órgano sexual masculino u objetos por el recto del detenido (botellas, linternas, varas, palos e incluso las armas de los captores). La violación sexual fue tomada como una represalia contra los detenidos que se oponían o reclamaban contra sus custodios.⁴⁹

c) Las dificultades de documentar casos de violencia sexual

En este punto, debemos referirnos a la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sudáfrica (CVRS), establecida en julio de 1995 con el mandato de investigar las causas de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante el régimen del Apartheid entre 1960 y 1994, para proporcionar a las víctimas de los abusos una oportunidad de expresar públicamente lo sufrido. Asimismo, la CVRS estuvo facultada para otorgar amnistía a aquellos perpetradores que confesaran públicamente los abusos cometidos y pudieran demostrar que los mismos tenían una motivación política.⁵⁰

Cuando la CVRS fue creada, no se había previsto un tratamiento diferenciado por género de las violaciones de derechos humanos. Sin embargo, debido al trabajo de numerosas lideresas y activistas, se lograron incorporar ciertos aspectos de género en este trabajo. En este sentido, desde la sociedad civil se conformó un grupo de trabajo en el tema, que hizo llegar un documento⁵¹ a la CVRS, el cual tenía como objetivo principal resaltar la necesidad de una perspectiva de género en el proceso de verdad y reconciliación.

⁴⁹ Si bien el capítulo sobre tortura incluyó los casos de violencia sexual contra las mujeres como una forma de tortura cometida tanto por subversivos como por las fuerzas del orden, la decisión de la CVRP fue agrupar estos hechos en el Capítulo de "Violencia sexual contra las mujeres", con el objetivo de visibilizar la realidad generalizada de violencia que aquéllas sufrieron durante el conflicto armado.

⁵⁰ Schey, Peter; Shelton Dinah & Roht-Arriaza. "Addressing human rights abuses: truth commissions and the value of amnesty." *Whittier Law Review*, 1997, p. 326.

⁵¹ Public Hearing of the South African Truth and Reconciliation Commission, CALS Submission —Dr. Sheila Meintjies. 29 de julio de 1997. http://www.doj.gov.za/trc/trc_frameset.htm, visitada el 12 de enero de 2007.

Con relación al tema de la violencia sexual, el documento resaltaba las dificultades que tenían las mujeres para hablar sobre el tema públicamente e incluso admitir los hechos. Asimismo, analizaba de manera específica la situación de las mujeres en prisión y los casos de aquellas que sufrieron tortura. En este último punto, la CVRS sostuvo que mientras que la tortura sexual hacia los varones tenía como objetivo eliminar su poder político, en el caso de las mujeres se trataba de producir vergüenza y culpa.⁵²

En este sentido, el informe final de la CVR sudafricana da cuenta de los numerosos casos de mujeres que fueron agredidas durante los interrogatorios, siendo víctimas de violación sexual, desnudos forzados, búsquedas corporales (incluyendo búsquedas y exámenes vaginales), manoseos, entre otros hechos. Asimismo, este informe da ejemplos de casos de tortura psicológica entre los que debían considerarse los casos de amenaza permanente de violación sexual contra las mujeres y ataques relativos a los roles que tradicionalmente les toca cumplir en la sociedad con frases como: “eres una mala madre”, “vamos a matar a tus hijos”, etc.⁵³

5. Documentación de casos de tortura con una perspectiva de género: Estrategias de trabajo

Como hemos visto en los apartados anteriores, la documentación de los hechos de violencia sexual que constituyen tortura es una tarea difícil, dado que en muchos casos se enmarcan en otros patrones de violaciones de derechos humanos y corren el riesgo de perderse en las investigaciones generales. Asimismo, las víctimas no suelen contar su historia debido a la vergüenza que rodea estos hechos, más aún cuando deben relatarlos en un ámbito público, circunstancia que ocasiona la negación de los mismos. De allí la necesidad de realizar un trabajo serio y eficiente de documentación que involucre una aproximación interdisciplinaria a los hechos.

En esta tarea, como hemos visto, el análisis de género ha contribuido de manera fundamental al desarrollo de las investigaciones de derechos humanos a nivel internacional y local. Asimismo, ha enriquecido los conceptos tradicionales de derechos humanos, permitiendo una aplicación real y efectiva, así como la producción de nuevos tratados y resoluciones internacionales para la protección de los derechos humanos.

Sin embargo, resulta aún bastante complicado poder aplicar esta perspectiva al trabajo cotidiano en materia de derechos humanos, debido a que no siempre se entiende la importancia de este enfoque y no existen muchos trabajos previos en la materia. Esto, que es cierto en líneas generales, también se presenta en la documentación de casos de tortura. En efecto, si bien la condena de la tortura ha sido incluida en la mayoría de las leyes nacionales, son pocas las experiencias locales que han logrado documentar estos hechos con una perspectiva de género.

⁵² Public Hearing of the South African Truth and Reconciliation Commission, *op. cit.*

⁵³ Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sudáfrica <http://www.info.gov.za/otherdocs/2003/trc/>, visitada el 12 de enero de 2007.

Para ello, es necesario elaborar algunas estrategias de trabajo que permitan integrar esta perspectiva adecuadamente. Al respecto, deben tenerse presentes las directrices internacionales del Protocolo de Estambul para la documentación de los casos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Este documento fue elaborado con la colaboración de expertos en derecho, salud y derechos humanos de diferentes partes del mundo.⁵⁴

El Protocolo establece los objetivos generales de la documentación de los casos de tortura, esto es, aclarar los hechos en relación con presuntos incidentes de tortura, a fin de identificar a los responsables y propiciar, en algunos casos, su procesamiento. En otras circunstancias, de lo que se trata es de utilizar la información derivada de la aplicación del Protocolo para la documentación de las secuelas médicas y psicológicas de la tortura, en el contexto de otros procedimientos dirigidos a obtener compensación para las víctimas.⁵⁵

Para cumplir con estos objetivos generales, la documentación de casos de tortura pretende:

- Obtener la información que poseen las víctimas de la presunta tortura;
- Recuperar y preservar las pruebas, incluidas pruebas de secuelas médicas y psicológicas, en relación con las alegaciones de tortura;
- Aportar elementos que ayuden a identificar a posibles testigos y obtener sus declaraciones con respecto a la presunta tortura, y
- Determinar las circunstancias en que se produjeron los presuntos incidentes de tortura, así como cualquier tipo de práctica que pudiera guardar relación con la tortura.

Con base en estos objetivos generales, el Protocolo de Estambul define una serie de principios aplicables a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Estos principios son el producto del acuerdo entre diferentes organizaciones e individuos de distintas disciplinas que poseen experiencia en la investigación de este tipo de casos.⁵⁶ Según estos principios, cuando se documenta un caso de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes deben plantearse como finalidades:

- Aportar la información que el examen de la víctima arroja, la aclaración de los hechos y el establecimiento y reconocimiento de la responsabilidad de las personas o los Estados ante las víctimas y sus familias;⁵⁷

⁵⁴ Protocolo de Estambul, *op. cit.*, p. 1.

⁵⁵ *Idem*, págs. 17 y 62.

⁵⁶ *Idem*, p. 17.

⁵⁷ *Idem*, p. 17, #77.

- Determinar las medidas necesarias para impedir que se repitan estos actos;
- Facilitar el procesamiento y, cuando convenga, el castigo mediante sanciones disciplinarias de las personas cuya responsabilidad se haya determinado en la investigación, y
- Demostrar la necesidad de que el Estado ofrezca plena reparación, incluida una indemnización financiera justa y adecuada, así como los medios para obtener atención médica y rehabilitación, mediante la documentación de los daños médicos, psicológicos, inclusive respecto del proyecto de vida, producto de la tortura.

Incorporar una perspectiva de género en el trabajo de documentación de casos de tortura permitirá cumplir con estos objetivos de manera más eficiente. Para ello, es necesario considerar algunos aspectos, a saber:

Equipos de investigación

Lo recomendable en este punto es respetar la composición de género en los equipos de trabajo, como una manera de reconocer la importancia de las voces diferenciadas de hombres y mujeres y sus diferentes aportes al trabajo. Por otra parte, de esta manera la persona entrevistada podrá elegir el sexo de la persona encargada de la documentación del caso.⁵⁸

En aquellas situaciones en que sea necesario utilizar un intérprete, es importante mantener este mismo criterio. Asimismo, en algunos casos las mujeres entrevistadas pueden preferir que el intérprete no sea de su proximidad inmediata, no sólo porque ciertas cuestiones podrían recordarle su tortura sino también por percibir que podría peligrar la confidencialidad. En términos generales, resulta conveniente que la toma de testimonios y entrevistas pueda realizarse en instalaciones físicas y técnicas adecuadas, y con un equipo de psiquiatras, psicólogos, ginecólogos y enfermeras especializados y expertos en el tratamiento de supervivientes de abusos sexuales.

Ahora bien, en el caso específico de violencia sexual contra las mujeres que constituye una forma de tortura, se recomienda que las personas a cargo de la investigación sean también mujeres, con el fin de establecer un clima de confianza que permita a la víctima contar su historia. Como se señala en el Protocolo de Estambul, si la mujer afectada piensa que está obligada a describir lo que le ha sucedido a una persona físicamente similar a sus torturadores, con frecuencia volverá a sentirse traumatizada.⁵⁹ Sin embargo, debe tenerse presente que en ciertos medios culturales un investigador del sexo masculino no podrá dirigir preguntas a una víctima del sexo opuesto, característica cultural que debe respetarse.

⁵⁸ Protocolo de Estambul, *op. cit.*, p. 32, # 153.

⁵⁹ *Idem*, p. 32, #153.

En aquellos casos que no pueda cumplirse con esta recomendación, se deberá recurrir a un miembro femenino del personal encargado de la documentación para que esté presente por lo menos durante la exploración física y, si la paciente lo desea, durante la totalidad de la entrevista.

Cuando la víctima sea un hombre sexualmente agredido, la situación es más compleja pues también él habrá sido sexualmente atacado sobre todo o exclusivamente por hombres. Por consiguiente, algunos hombres prefieren describir su experiencia a mujeres a causa del miedo que les suscitan los demás hombres, mientras que otros no desearán tratar asuntos tan personales en presencia de una mujer.⁶⁰ Todos estos aspectos deben tenerse en cuenta en el momento de establecer los equipos de trabajo.

En todo caso, es necesario trabajar con los varones a cargo de estos casos para que desarrollen la sensibilidad necesaria a fin de cumplir esta labor eficientemente. Por ello, es fundamental que la toma de testimonios y entrevistas vaya acompañada por sesiones de capacitación para las personas encargadas de recoger esta información. Como hemos visto, no es fácil entender la importancia de la perspectiva de género en la documentación de casos, por lo cual es fundamental realizar talleres de preparación en la materia.

Ya sabemos que es sumamente difícil para la víctima de violencia sexual narrar su historia debido a los sentimientos de culpa y vergüenza que estos hechos le producen. Por ello, esta situación debe preverse y desarrollar los mecanismos necesarios para asumirla.

Lo que no debe hacerse es ignorar los hechos, tal como sucedió, por ejemplo, en el Informe de la Comisión Chilena sobre Prisión Política y Tortura, en el que se sostiene que las entrevistas no indagaron expresamente acerca de la violencia sexual ejercida contra las ex presas y que la información obtenida fue mencionada expresamente por las declarantes, ya que la violación sexual es un hecho sobre el que las mujeres prefieren no hablar.⁶¹

Asimismo, si en determinados casos de abuso sexual la víctima no desea que los hechos se den a conocer, los organismos investigadores tienen la obligación de cooperar en el mantenimiento de la intimidad de la víctima. En este sentido, debe tenerse presente que la preparación de un informe con respecto a supervivientes de la tortura que hayan sufrido recientemente un abuso sexual exige tanto una formación psicológica especial como el adecuado apoyo psicológico.⁶²

Toma de testimonios y entrevistas

En el momento de estructurar la entrevista deben tomarse en cuenta ciertos aspectos importantes: la duración de la misma, el lugar donde se realizará, si la víctima desea o no que se grabe su testimonio, si será necesario coordinar una segun-

⁶⁰ Protocolo de Estambul, *op. cit.*, p. 33, # 153.

⁶¹ Comisión Nacional sobre prisión política y tortura. Informe Final. Capítulo V: Métodos de tortura: Definiciones y testimonios. <http://www.comisiontortura.cl/inicio/index.php>, 5 de marzo de 2006.

⁶² Protocolo de Estambul, *op. cit.*, p. 44, #216.

da o tercera entrevista, etc.⁶³ Adicionalmente a los datos personales de la persona entrevistada, la información general sobre las circunstancias de la entrevista (fecha, hora, lugar, etc.), los resultados de los exámenes físicos y psicológicos, se deben acompañar la opinión de los evaluadores, quienes deberán firmar el informe final.⁶⁴ Los entrevistadores, asimismo, deben tener en cuenta la necesidad de establecer un clima de confianza con la persona entrevistada, componente esencial para la entrevista y, a la vez, difícil de lograr, sobre todo cuando se enfrenta la documentación de casos de violencia sexual.

Por otra parte, la ficha de entrevistas y de toma de testimonios deber ser diseñada con una perspectiva de género. En este sentido, deben evitarse las preguntas aparentemente neutrales y, por el contrario, debe hacerse un esfuerzo por establecer diferencias si la víctima y/o entrevistado es hombre o mujer. Asimismo, hay que diferenciar si se trata de niños o niñas. Esto implica, además, reconocer el papel de los familiares y testigos que muchas veces complementan el relato con información que la propia víctima no puede brindar.

Por ejemplo, como hemos visto, es común que las mujeres no hablen de las violaciones y abusos sufridos en su contra, menos aún cuando se trata de hechos de violencia sexual. En este sentido, la investigación debe incluir también a testigos, familiares, hombres o mujeres que puedan conocer de los hechos. El cruce de información será útil sobre todo para aquellas mujeres que, habiendo sido violadas, optan por hablar de la violación sexual en tercera persona, como algo que no les pasó a ellas sino a alguna conocida o familiar o que han ocultado los hechos ante sus familias y comunidades. Sobre lo anterior, no podemos rendirnos y obviar la documentación de estos casos debido a las dificultades en obtener información.

Hay que tener presente que no sólo debe buscarse información sobre los casos de **violación sexual** como una forma de tortura, ya que existen otros hechos de violencia sexual que también deben ser investigados, como las situaciones de desnudo forzado, las búsquedas corporales, las búsquedas y exámenes vaginales, los manoseos, los abusos sexuales por parte de los médicos a cargo de las mujeres, las condiciones de higiene durante la detención (por ejemplo, si se permitió que las mujeres utilizaran tampones o toallas higiénicas durante la menstruación), los abortos producidos por falta de atención médica, las relaciones forzadas con otros presos, las transmisión de enfermedades venéreas y del VIH, la salud reproductiva de las mujeres, etc.

Como ha señalado el Protocolo de Estambul,⁶⁵ la tortura sexual empieza por la desnudez forzada, que en muchos países es un factor constante de toda situación de tortura. Nunca se es tan vulnerable como cuando uno se encuentra desnudo y desvalido, ya que la desnudez aumenta el terror psicológico pues abre siempre la posibilidad de malos tratos, violaciones o sodomía. Además, las amenazas, los malos

⁶³ *Idem*, p. 34, #162.

⁶⁴ *Idem*, p. 63.

⁶⁵ Protocolo de Estambul, *op. cit.*, p. 43, # 214.

tratos verbales, los tocamientos y las burlas sexuales forman parte de la tortura sexual, pues incrementan la humillación y sus aspectos degradantes, todo lo cual debe formar parte de la investigación.

Aplicar una perspectiva de género implica reconocer que existen diferencias entre la tortura sexual del hombre y la de la mujer, aun que existen varios aspectos que atañen a ambos, como el riesgo de desarrollar enfermedades de transmisión sexual, en particular la causada por el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH). En el hombre, la mayor parte de las veces los choques eléctricos y los golpes se dirigen a los genitales, con o sin tortura anal adicional, además del maltrato verbal. Son frecuentes las amenazas de pérdida de la masculinidad y, por consiguiente, del respeto de la sociedad. A los prisioneros se les puede colocar desnudos en las celdas junto con miembros de sus familias, amigos o extraños, violando así tabúes culturales; asimismo, se puede obligar a los presos a tener relaciones sexuales entre ellos, lo que provoca emociones difíciles de controlar. En cuanto a las mujeres, el trauma se incrementa debido al estigma cultural que se asocia a la violación sexual, el miedo a un posible embarazo, la pérdida de la virginidad y a la incapacidad de tener hijos posteriormente.⁶⁶

En el ámbito psicológico, deben considerarse los casos de amenaza permanente de violación sexual contra las mujeres y ataques relativos a los roles que tradicionalmente les toca cumplir en la sociedad: "eres una mala madre", "vamos a matar a tus hijos", por citar algunos. Esto debe considerarse en la toma de testimonios y entrevistas, siendo necesario que adicionalmente se pueda ofrecer apoyo, consejo y tranquilidad a las víctimas cuando corresponda,⁶⁷ incluyéndose la discusión sobre las enfermedades de transmisión sexual, el VIH, y cualquier daño físico permanente, pues con frecuencia los torturadores dicen a sus víctimas que ya nunca podrán volver a vivir una sexualidad normal.

Debe distinguirse siempre si la víctima estuvo embarazada o resultó embarazada a consecuencia de los hechos, ya que esta situación pudo haber generado otros hechos de tortura. Asimismo, debe hacerse un seguimiento sobre el resultado final de estos embarazos, es decir, si la mujer fue obligada a abortar y/o si las condiciones de su detención tuvieron como resultado el aborto. La falta de asistencia ginecológica, las condiciones de detención o el maltrato durante el parto, son situaciones que pueden ubicarse como violaciones al derecho a la integridad física y mental de las personas y, por lo tanto, como una forma de tortura. Todos estos aspectos deben incorporarse en el diseño de las fichas y cuestionarios para la documentación de los casos.

⁶⁶ Cabe señalar que el Protocolo se refiere específicamente a la exploración genital de la mujer y del hombre de manera diferenciada. Al respecto, revisar el Protocolo de Estambul, *op. cit.*, pps. 45 y 46, #226-231.

⁶⁷ Protocolo de Estambul, *op. cit.*, p. 44, #216.

Recopilación de información/Documentación de casos

Adicionalmente a los datos obtenidos en las entrevistas y toma de testimonios, existe alguna información importante que debe recopilarse para complementar la documentación. Por ejemplo, a nivel jurídico, sería importante observar:⁶⁸

- a) ¿De qué manera la Constitución y las leyes internas regulan la prohibición de la tortura y/o de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes?;
- b) ¿Qué tratados de derechos humanos han sido ratificados por el Estado?;
- c) ¿Qué definiciones de violencia sexual han sido recogidas en las normas internas (violación sexual, agresión sexual, desnudo forzado, aborto forzado, embarazo forzado, etc.)? ¿Existe una regulación específica de la violencia sexual como tortura?;
- d) ¿Qué tipo de pruebas se le exige a la víctima durante el proceso de violencia sexual?;
- e) ¿Existe alguna entidad que acumule información estadística sobre los casos de tortura? Si es así, ¿existen estadísticas especiales sobre violencia sexual como tortura en cuanto al número de denuncias, procesos que culminan con éxito, medidas de protección, etc.?, y
- f) ¿Existe alguna entidad que recoja información sobre los agresores (origen, edades, recurrencia en los actos, casos de agresores condenados, represalias, etc.)?

Adicionalmente, es necesario ocuparse de la información de tipo médico y psicológico. Por ejemplo, verificar si existen reportes sobre los efectos de la violencia sexual como tortura en la salud y el acceso a la atención médica. Asimismo, debe estudiarse qué consecuencias puede tener la violencia sexual como tortura para la víctima tanto a nivel médico (enfermedades de transmisión sexual, incluyendo el VIH, embarazos, abortos) como psicológico (traumas, trastornos en la personalidad).

d) Otras acciones

Aunado a la recopilación de información y la toma de entrevistas, es importante desarrollar algunas acciones complementarias. Por ejemplo, establecer vínculos con las ONG's y diferentes entidades de derechos humanos que tradicionalmente han recopilado información sobre casos de tortura para no duplicar esfuerzos y utilizar la información ya existente, al menos como un punto de partida.

⁶⁸ Callamard, Agnes. Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático, Canadá.

En este sentido, se deben revisar todos aquellos ámbitos donde se han dado documentos y resoluciones sobre casos de torturas, averiguando qué sucede con las mujeres: detenidas temporalmente, en prisión, sometidas a interrogatorios, etc.

Ahora bien, para el caso específico de las situaciones de violencia sexual, es importante desarrollar un trabajo conjunto con las organizaciones de mujeres y las diferentes instituciones que trabajan con las mujeres de la comunidad, tanto a nivel general como en aspectos específicos de su salud física y mental. Por lo general, estas organizaciones conocen a las mujeres de la zona y tienen relaciones previas de trabajo y confianza, que pueden facilitar la denuncia de los hechos y el acompañamiento de la denunciante.



EJERCICIOS

1. De acuerdo con Soledad García Muñoz, ¿qué implica la definición de generización de los derechos humanos?

2. Complete el siguiente cuadro señalando cuáles artículos de los instrumentos que se le presentan pueden utilizarse para la defensa de los derechos de las mujeres.

Declaración Universal de los Derechos Humanos	
Convención Americana sobre Derechos Humanos	
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	

3. Enuncie una de las definiciones de perspectiva de género que sea aplicable al trabajo que realiza la CDHDF en su labor cotidiana.

4. Señale uno de los logros que caracterizan a la Convención de Belém do Pará.

5. A partir de los textos obligatorios, desarrolle el concepto de género.

6. Mencione dos instrumentos internacionales de protección específica de los derechos humanos de las mujeres.

7. Enuncie dos mecanismos que han sido creados a nivel internacional para la protección de los derechos humanos de las mujeres.

8. Mencione por lo menos uno de los logros de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 respecto de la protección de las mujeres contra la violencia.

9. Señale en qué consiste la violencia de género.

10. Identifique por qué se considera importante la adopción de la perspectiva de género en la creación y funcionamiento de la Corte Penal Internacional.



AUTOEVALUACIÓN

1. Instauró en 1999 la posibilidad de presentar quejas individuales por violaciones a los derechos de las mujeres consagrados en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer:
 - a) La Convención de Belém do Pará
 - b) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
 - c) El Protocolo de San Salvador
 - d) El Protocolo Facultativo de la CEDAW

2. ¿Cuál de los siguientes instrumentos de protección de los derechos humanos se caracteriza por definir a la violencia contra la mujer como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito de lo público como en el privado?
 - a) La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
 - b) La Convención Americana sobre Derechos Humanos
 - c) La Convención de Belém do Pará
 - d) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

3. ¿Cuál de los siguientes instrumentos de protección internacional de los derechos humanos se caracteriza por ser el primero en utilizar el concepto específico de discriminación contra la mujer?
 - a) La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
 - b) La Convención Americana sobre Derechos Humanos
 - c) La Convención de Belém do Pará
 - d) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

4. Tiene entre sus facultades hacer recomendaciones y propuestas al Consejo Económico y Social (Ecosoc, por sus siglas en inglés) para lograr la igualdad real de derechos entre mujeres y hombres:
- a) La Corte Interamericana de Derechos Humanos
 - b) La Comisión Interamericana de Mujeres
 - c) La Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer
 - d) La Corte Penal Internacional
5. Es un criterio de justicia que otorga el mismo valor a personas diversas, el cual permite que hombres y mujeres tengan las mismas oportunidades:
- a) Principio pro persona
 - b) Principio de igualdad
 - c) Principio de progresividad
 - d) Principio de integralidad
6. Este concepto hace referencia a la dicotomía sexual que es impuesta socialmente a través de roles y estereotipos, los cuales hacen aparecer a los sexos como diametralmente opuestos; es entendido como una construcción social:
- a) El género
 - b) La identidad
 - c) La misoginia
 - d) El sexismo
7. Este principio permite reconocer las desigualdades, la diversidad y la disparidad en las posibilidades que tienen los seres humanos para acceder a las oportunidades que les ayuden a mejorar sus vidas:
- a) La homofobia
 - b) La discriminación
 - c) La justiciabilidad
 - d) La equidad
8. Este mecanismo de Naciones Unidas tiene el mandato principal de buscar y recibir información sobre la violencia que sufren las mujeres, con atención a sus causas y efectos, debiendo dar eficaz respuesta a dicha información. También debe recomendar medidas orientadas a acabar con la violencia contra la mujer, a erradicar sus causas y a reparar sus consecuencias:
- a) El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas
 - b) El Comité CEDAW
 - c) La Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la Violencia Contra la Mujer, con inclusión de sus Causas y sus Consecuencias
 - d) La Comisión Internacional de Justicia

9. Se define como el enfoque o contenido conceptual que se le da al género para analizar la realidad y los fenómenos diversos; evaluar las políticas, la legislación y el ejercicio de los derechos; diseñar estrategias y evaluar acciones:

- a) La discriminación directa
- b) La igualdad
- c) El género
- d) La perspectiva de género

10. Tiene como principal mandato analizar e informar en qué medida las leyes y prácticas de los Estados miembros relacionadas con los derechos de la mujer observan las obligaciones consignadas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

- a) La Relatoría sobre los Derechos de la Mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- b) El Comité CEDAW
- c) La Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la Violencia Contra la Mujer, con inclusión de sus Causas y sus Consecuencias
- d) La Comisión Interamericana de Mujeres

CURSO II.

Curso práctico de argumentación jurídica

OBJETIVO ESPECÍFICO

- Desarrollar en las y los miembros del SPDH las habilidades para resolver problemas jurídicos, esgrimir argumentos jurídicos sólidos y hacer una interpretación adecuada del derecho con el objetivo de incidir en la defensa, promoción y estudio de los derechos humanos.



SÍNTESIS

Paradigmas de interpretación judicial

La teoría de los paradigmas desarrollada por Thomas S. Kuhn se ha extendido por todos los ámbitos de la ciencia y ha llegado al ámbito jurídico.

Probablemente el término *paradigma* sea objeto de críticas y cuestionamientos; sin embargo, es cierto que existen modelos desde los cuales se describe, prescribe y crítica la interpretación jurídica cumplida especialmente por parte de las y los jueces, y que resultan ser una matriz disciplinar de la actividad de las y los intérpretes jurídico-judiciales, al grado de que el esfuerzo de éstos se presente como posible y legitimado en tanto se sujeten a este modelo (Vigo, p. 198).

Entre los principales paradigmas de interpretación jurídico-judicial podemos encontrar:

- 1) *Paradigma dogmático o racionalista*. Confía en que la o el juez opere sometido a las exigencias propias de la razón teórica o científica exacta, de manera que desde la ley deduzca la solución del caso tal como la quiso el legislador.
- 2) *Paradigma irracionalista o arracionalista*. Reconoce que sobre la decisión judicial opera inevitablemente un sinnúmero de factores extrarracionales que la tornan incontrolable en términos de objetividad y racionalidad. Este paradigma conlleva a consolidar la presencia e importancia de la o el juez como fuente del derecho (Vigo, p. 199).
- 3) *Paradigma político o negativista*. En éste, el derecho se encuentra subordinado a la lucha que se desarrolla en torno al poder, y afirma que aquellas personas encargadas de aplicar y ejercer el derecho únicamente se benefician o actúan políticamente.
- 4) *Paradigma herculeano*. Ronald Dworkin propone el modelo de un juez filósofo llamado Hércules debido a que posee una habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumana (Vigo, p. 200). Con base en este perfil, recae sobre las y los jueces la responsabilidad política de descubrir la respuesta correcta para cada caso (Vigo, p. 200). En su teoría Dworkin rechaza la idea

- de la discrecionalidad judicial y considera importante que las y los jueces encuentren una única solución posible para los conflictos jurídicos.
- 5) *Paradigma funcionalista o pragmático*. En éste, el derecho se convierte en una herramienta capaz de aportar al funcionamiento estable y pacífico de la sociedad, y es visto únicamente como un servicio que se presta al sistema social y político de una comunidad. Roscoe Pound considera al derecho como una obra de ingeniería social tendiente a realizar las aspiraciones y satisfacer las necesidades del presente (Vigo, p. 201).
 - 6) *Paradigma procedimentalista*. Se enfoca en el procedimiento que debe seguir el razonamiento, de manera que un resultado será válido y quedará legitimado en la medida en que se haya seguido este procedimiento. Dicho de otra forma, no importa el contenido de lo que se concluyó jurídicamente, sino el medio a través del cual se alcanzó dicho resultado (Vigo, p. 202). Diversas teorías apoyan este paradigma, entre ellas la teoría de Chain Perelman, referente a que la argumentación debe persuadir a cualquier auditorio al que vaya dirigida. Por su parte, Jürgen Habermas propone planteamientos éticos fundados en el diálogo y preocupados por la exigencia formal o procedimental de la argumentación. Asimismo, la teoría de Aulis Aarnio sobre la aceptabilidad racional o la ideología de la seguridad jurídica se fundamenta en la validez formal de la decisión, su efectividad y un consenso representativo sobre el sistema de valores, que son la base del sistema legal (Vigo, p. 202).
 - 7) *Paradigma dialéctico*. Tiene como base una dimensión procedimentalista apoyada por aspectos sustanciales del iusnaturalismo clásico. Sostiene que la naturaleza del derecho no sólo se encuentra en el ámbito de lo humano, sino también en el mundo de lo físico y de lo animal. Por otra parte, considera que el derecho no se encuentra únicamente en las reglas pues, de ser así, estaríamos frente a un moralismo jurídico dedicado a establecer modelos de conducta pero no aspectos de justicia. De ahí que para Michel Villey, el derecho sea un objeto de conocimiento teórico que se quiere encontrar, que se expresa mediante enunciados indicativos y que, al estar dentro de la naturaleza, es susceptible de investigación por medio de la dialéctica.
 - 8) *Paradigma hermenéutico*. La hermenéutica concibe a la interpretación como un proceso de encuentro, esclarecimiento y desarrollo entre la norma y el caso real (Vigo, p. 203). En este paradigma, la o el juez construye un caso real jurídico tomando en cuenta un acontecimiento del mundo exterior y apoyándose en la norma. Además, la lectura de las normas se hace desde un contexto; es decir, el trabajo de interpretación de la norma que hace la o el juez nunca es totalmente puro u objetivo sino que parte de una comprensión previa, de prejuicios o de expectativas de sentido.
 - 9) *Paradigma analítico*. Se construye desde una teoría del lenguaje que asume a éste como un sistema de símbolos mediante los cuales los seres humanos convienen representar la realidad y comunicarse entre sí, de manera que no existe relación natural alguna entre los símbolos y las cosas. El método analítico estudia las disputas terminológicas para describirlas apropiadamente o estipular un uso conveniente de los términos (Vigo, p. 204). En este paradigma la interpretación de las normas consiste en analizar los problemas sintácticos y semánticos que puedan existir en ellas; sin embargo, también pueden surgir problemas para las y los intérpretes, tales como las contradicciones, las redundancias o las lagunas normativas. Es por ello que para Herbert Hart, los poderes legislativos de las y los jueces son intersticiales y sujetos a muchas restricciones; sin embargo, éstas y éstos pueden ejercer su poder de creación del derecho aunque no de manera arbitraria (Vigo, p. 204).

10) *Paradigma prudencial-retórico*. El conocimiento jurídico no tiene por objeto la contemplación, pues su finalidad es dirigir o valorar la conducta humana en la que aparece comprometida la justicia. Por ello, la prudencia jurídica debe especificar y mandar lo que por razón de justicia debe hacerse o no hacerse en ese tiempo y lugar. La tarea prudencial judicial abocada a deliberar, juzgar e imperar sobre lo justo debe estructurarse con la forma global de un silogismo prudencial. La o el juez, al esclarecer una conducta justa para determinado sujeto, no se basa únicamente en una norma jurídica sino en la totalidad del derecho. Este paradigma pretende que el ordenamiento jurídico no se reduzca únicamente a normas sino que incluya los principios jurídicos y los valores.

El carácter argumentable del derecho

Durante mucho tiempo ha existido la idea de que el carácter argumentable del derecho se contrapone con los valores de certeza y seguridad jurídica, indispensables en todo Estado de derecho. Hasta cierto punto, la idea de este carácter argumentable parece ser una amenaza para dichos valores; sin embargo, el Estado de derecho ha sido indebidamente considerado como asegurador de la certeza jurídica pues, gracias a la evolución que se ha vivido, lo que resulta más deseable o alcanzable es la construcción de una certeza derrotable en donde no existan verdades absolutas (MacCormick, p. 209).

El derecho es una disciplina argumentativa en la cual las tesis jurídicas son siempre argumentos sobre éste o sobre las cuestiones de hecho, de prueba o de opinión. De este modo, tener y estar de hecho íntimamente familiarizado con un gran conjunto de conocimientos jurídicos es esencial tanto para el que crea como para el que evalúa argumentos de gran calidad en el derecho.

El proceso de evaluación de la fuerza relativa de los argumentos en conflicto debe ser forzosamente una cuestión de grado, de opinión, que necesita ser juzgada. La difícil tarea de establecer qué argumento es más fuerte no siempre puede realizarse mediante argumentos demostrativos donde la aceptación de las premisas como verdades contingentes permita derivar de ellas una conclusión establecida. En el derecho, la convicción subjetiva a veces es posible cuando para alguien un determinado entramado de argumentos apunta firmemente hacia una conclusión, y todos los contraargumentos expuestos o los que podrían pensarse parecen fatalmente débiles en comparación (MacCormick, p. 210).

El Estado de derecho

Dentro de los valores que puede asegurar todo Estado de derecho, ningunos son tan importantes como la certeza jurídica, la seguridad de expectativas jurídicas y la seguridad de las y los ciudadanos frente a la injerencia arbitraria de los Estados y de sus agentes (MacCormick, p. 212).

La certeza jurídica dentro del Estado de derecho no sólo garantiza a las y los ciudadanos que su conducta será juzgada de manera correcta por quienes ocupan posiciones oficiales apegados a derecho, sino que también les permite cuestionar los actos estatales que afecten a sus intereses y exigir una justificación jurídica clara de la actuación oficial o la anulación de los actos no justificados.

No obstante, la certeza jurídica es posible siempre y cuando exista un sistema jurídico compuesto de reglas enunciadas con claridad y expresadas de forma general. Dichas reglas deberían establecer exigencias de conducta realmente alcanzables y que formen en conjunto algún modelo coherente (MacCormick, p. 212).

Teorías argumentativas

Teorías retóricas

La tesis del caso especial, propuesta por Robert Alexy, señala que toda argumentación jurídica debe adecuarse a las condiciones de racionalidad y razonabilidad, es decir, toda afirmación debe estar acompañada de una razón. Cualquier afirmación puede ser cuestionada; en este caso, deberá ofrecerse una razón a favor de lo que se afirma, sin importar si es una pretensión normativa o una cuestión de hecho. En este contexto, el análisis únicamente se limitará a considerar qué es racionalmente argumentable. No obstante, y a pesar de dicha limitación, la misma idea sobre lo argumentable del derecho inmediatamente nos hace considerar el carácter retórico de la argumentación jurídica, pues donde exista un proceso de argumentación pública también habrá retórica (MacCormick, p. 213).

De este modo, Theodor Viehweg, tomando como base a Aristóteles, considera la relevancia de los *topoi* o "lugares comunes" en los argumentos retóricos. Así como en el derecho existen máximas y principios establecidos desde hace mucho tiempo, también existen formas de argumentos comúnmente aceptadas, tales como *argumentum a fortiori*, *argumentum a maiori ad minus*, *argumentum per analogiam*, etc. De ahí que un argumento que parte o va hacia un *topos* reconocido, está especialmente diseñado para ser persuasivo en su propio contexto.

Es importante que se tome en cuenta lo establecido por Josef Esser acerca de las *precomprensiones*, es decir, las presunciones asumidas por cualquier juicio en torno a lo que es aceptable en el marco de la argumentación jurídica y en la preferencia, en un caso específico, de un método de argumentación sobre otro (MacCormick, p. 215). Una vez que se han establecido las premisas y el modo de argumentar, surge un nuevo problema, el cual consiste en la elección razonable de dichas premisas y el método a utilizar; este problema puede ser resuelto mediante el estudio de las precomprensiones.

Para Chaim Perelman, los argumentos son dirigidos a un auditorio, por lo que su persuasividad dependerá del auditorio que los reciba. Sin embargo, desde el punto de vista de la racionalidad práctica, la persuasividad inmediata y concreta de un argumento no necesariamente equivale a su corrección; lo importante no es que un argumento persuada únicamente a una o un juez o a un jurado en particular, sino que convenza a cualquier agente racional. Es por ello que Perelman postula la idea de un *auditorio universal*, que es quien tendrá la última palabra; que un argumento será correcto cuando logre convencer a dicho auditorio, integrado por un conjunto de personas inteligentes y responsables que evalúen las cuestiones sin algún interés particular (MacCormick, p. 215).

No obstante, esta teoría ha sido debatida por algunos críticos, ya que si un argumento lograra persuadir a un auditorio universal y éste lo considerara correcto, no se tendría ninguna garantía de que, de existir tal consenso, éste fuera correcto.

El problema no es defender correctamente un caso discutible a expensas de un caso manifiestamente más débil. Más bien se trata de un asunto de elección entre dos casos fuertemente discutibles y defendibles en una situación dialéctica en la que cada argumento de cada una de las partes es firmemente rebatido por un buen argumento propuesto por la otra. De esta manera tal vez sólo se pueda llegar a una decisión absolutamente justificada al hacer referencias a consideraciones ideológicas distintas al derecho (MacCormick, p. 216).

Teorías procedimentales

Existen diferentes aproximaciones procedimentales relacionadas con el razonamiento práctico; sin embargo, todas ellas comparten el interés en la comprensión de las limitaciones de tal razonamiento, las cuales deben reconocerse para llegar a conclusiones razonablemente aceptables en un contexto interpersonal (MacCormick, p. 217).

Jürgen Habermas argumenta que las proposiciones prácticas pueden comprobarse mediante referencia a los intereses, sentimientos y opiniones de todas las personas que, de algún modo, se ven afectadas por o se relacionan con ellas. Por ello, Habermas propone un *test* por referencia al diálogo en una "situación ideal de habla", en la cual todas las formas de coerción, poder o dominación interpersonal son rechazadas para conseguir los propósitos de guiar el discurso interpersonal.

Aún existen reservas sobre si la aproximación procedimental elimina completamente las referencias a los sentimientos personales o a las intuiciones subjetivas. El método que examina procedimentalmente los argumentos no puede ser infinitamente regresivo. Sin embargo, el hecho de posponer y limitar las alusiones al instinto y a la intuición permite examinar las pretensiones acerca de lo que es razonable a la luz de las limitaciones reconocidas del discurso racional (MacCormick, p. 218).

Derechos

Hasta este punto se han analizado las teorías pertenecientes a la denominada "nueva retórica" que pueden brindar la posibilidad de un esquema racional aceptable para la argumentación del derecho; no obstante, dentro del ámbito jurídico la idea de coherencia tiene una particular y obvia relevancia. La solución que se ofrezca debe basarse en alguna proposición jurídica, y ésta debe mostrarse coherente con el derecho (MacCormick, p. 219).

Las y los argumentadores y decidores jurídicos basan y justifican su actuación en el contexto de una gran cantidad de material que sirve para guiar y justificar decisiones. Éste puede estar integrado por constituciones, tratados, leyes y decisiones judiciales, entre otros.

Desde la perspectiva del Estado de derecho ideal, debe entenderse como el material en bruto de un sistema jurídico, que se encuentra organizado en conjuntos inteligibles de material relevante para abordar asuntos humanos particulares y que no es ni puede imaginarse como autointerpretable y autoaplicable (MacCormick, p. 220).

El Estado que gobierna a través del derecho tiene cuidado en prever los textos de las reglas que justifican las intervenciones públicas en las vidas privadas, ya sean instadas por autoridades públicas o por litigantes privados. En este sentido, la seguridad para las y los ciudadanos que se garantiza de esta manera, consiste en que la aplicación de determinada regla que exija la previa existencia de hechos específicos que ejemplifiquen hechos operativos y que sean merecedores de una consecuencia normativa. Asimismo, se requiere la existencia de alguna específica y rebatible acusación o declaración y que ésta se base en un procedimiento abierto en el que la parte acusada pueda refutar las pruebas, así como ofrecer contrapruebas (MacCormick, p. 221).

La posibilidad por la cual las y los ciudadanos pueden cuestionar las alegaciones de hechos y de derecho en las que se basan los órganos estatales para amenazar con la intervención coercitiva en sus vidas o asuntos constituye un rasgo incorporado a un marco constitucional que se traduce en el carácter dialéctico o argumentativo de los procedimientos jurídicos.

Así, la indeterminación jurídica se presenta no sólo como el resultado de que los Estados comuniquen sus materiales jurídicos en lenguajes "oficiales" y que éstos se vean afectados por la ambigüedad y vaguedad, sino que también deriva del reconocimiento de los derechos de defensa en cada fase del proceso penal o civil (MacCormick, p. 222).

Aunque se acepte el silogismo de que a determinado hecho operativo corresponde una consecuencia normativa, cualquier caso puede ser discutido y rebatido mediante las siguientes formas (MacCormick, p. 223):

- 1) *Problema de prueba.* Cuando ninguno de los hechos operativos alegados por la acusación ha sido probado.
- 2) *Problema de caracterización, clasificación o calificación.* Cuando aquello que ha sido alegado constituye en sí un hecho operativo determinado.
- 3) *Problema de interpretación.* Cuando la interpretación realizada es incorrecta y existe una interpretación jurídicamente más aceptable.
- 4) *Problema de relevancia.* Surge cuando las alegaciones son relevantes debido a los hechos alegados, pero la norma correspondiente no puede ser entendida adecuadamente a partir de los materiales aducidos.

De esta manera, si existiese alguna duda sobre cuestiones de hecho o de derecho dentro de un proceso, o cuando parezca haber en juego una cuestión relevante de justicia o de orden público, la acusación o la o el demandante tendrán razones para buscar en los materiales jurídicos alguna disposición que, fundamentada en una cierta interpretación razonablemente defendible, justifique la acción o la acusación.

Sin embargo, surge el problema en torno a la correcta interpretación de materiales jurídicos, y sobre la correcta extracción y valoración de las pruebas. En conjunto, estos aspectos representan un elemento mediante el cual el Estado de derecho debe ofrecer una apropiada justificación jurídica para todos los actos que se realicen.

Logros y carencias de la teoría de la argumentación jurídica

La teoría de la argumentación jurídica no es un tema estudiado recientemente; sin embargo, es posible señalar que su principal aportación al ámbito jurídico consiste en hallar canales fructíferos para solucionar muchas de las artificiosas dicotomías que se presentan en la aplicación del derecho, así como el establecimiento de un nuevo modelo de racionalidad para medir críticamente las decisiones jurídicas el cual, si bien existe, no ha alcanzado una elaboración suficientemente precisa como para servir de instrumento analítico y crítico de esas decisiones (García Amado, p. 227).

La lógica en el derecho

El papel de la lógica en el derecho ha sido objeto de diversas críticas, que van desde considerarla como una garantía de racionalidad en la decisión jurídica hasta aquellas que afirman que la lógica nada tiene que ver con el frío formalismo jurídico.

El formalismo metodológico puede resumirse con las siguientes características:

1. Considera al sistema jurídico como un sistema completo en el cual no existen lagunas, es siempre coherente y sin antinomias. Sostiene que es un sistema sin dudas interpretativas o que posee vías seguras para hallar la interpretación verdadera de cualquier norma.
2. Las y los jueces no ocupan un lugar como fuente creadora de derecho, pues únicamente realizan silogismos o meras subsunciones entre manifestaciones fácticas y un modelo ideal que corresponde a un concepto (García Amado, p. 229).
3. Rechaza la idea de que la lógica pueda resolver problemas de aplicación del derecho, ya que dichas valoraciones lógicas se encuentran excluidas del sistema porque éste es perfecto. La aplicación del derecho se torna entonces problemática y perfectamente determinada (García Amado, p. 228).

Con el paso del siglo XIX al XX los críticos del formalismo metodológico anterior mostraron que el sistema jurídico no poseía, ni podía poseer, los caracteres de perfección que ese formalismo le atribuía y que; por tanto, la lógica no bastaba para justificar plenamente las decisiones de la o el juez, ya que la interpretación resultaría siempre necesaria porque las normas pueden tener significados diversos en cada momento y ante cada caso. En este sentido, no es la lógica la que resulta cuestionada sino el sistema, el cual pretendía asegurar que la o el juez no necesitaba más que las reglas de la lógica para dictar su fallo. A pesar de todo esto, se mantuvo la idea de que la lógica nada tenía que ver en el razonamiento judicial.

Es así como la actual teoría de la argumentación jurídica ha logrado romper con la dicotomía que existe entre materia y forma del razonamiento jurídico. Jerzy Wróblewski realiza una distinción entre la justificación interna –que tiene que ver con la corrección formal del razonamiento decisorio– y la justificación externa –que se relaciona con la justificación de los contenidos materiales de las premisas del mismo–. Además, Arend Soeteman sostiene que la función de la lógica nada tiene que ver con la elección de las premisas de dicho razonamiento, pues ésta requiere de aspectos normativos y justificaciones para que no se torne arbitraria. La lógica sólo ayudará en detectar si las premisas son o no suficientes para sostener una cierta conclusión.

Por lo tanto, se concluye que el razonamiento jurídico decisorio tiene una estructura deductiva, por lo menos si se pretende racionalidad, y que ello no significa en absoluto que la o el juez no haga más que deducciones (García Amado, p. 231).

La razón en el derecho

Es cierto que la aplicación del derecho que lleva a cabo la o el juez depende de una serie de opciones decisorias o valoraciones de las cuales depende la decisión final. El trabajo de la o el juzgador consiste en seleccionar la norma aplicable, la interpretación y aplicación de una consecuencia jurídica en un grado u otro, la selección de hechos y la consideración de si han sido o no probados. Es decir, el fallo es producto de una larga cadena de razonamientos valorativos (García Amado, p. 232).

De este modo, surge una nueva dicotomía entre teorías que se contraponen. Por un lado se encuentra la teoría de los irracionalistas, quienes afirman que todo juicio de valor carece de cualquier contenido de verdad y que consiste únicamente en una opinión caracterizada de subjetividad o manifestación del interés de quien lo emite. Por otra parte, se halla la teoría de los racionalistas, quienes señalan que sí existen referencias fiables para que la o el juez pueda conocer qué decisión es la correcta. Esta teoría se basa en una idea iusnaturalista, pues considera que el patrón de justicia se encuentra grabado en nuestra propia naturaleza y que basta con que seamos congruentes con ella para poder conocerlo. No obstante, hay autores, que aún apeándose a esta teoría, consideran la posibilidad de un conocimiento objetivo de valores alcanzado por medio de la reflexión y la intuición; así como quienes apuntan hacia la prudencia por la cual la subjetividad de la o el juzgador no es arbitrio libre, ya que por oficio propio debe hallar la justicia y lograr un equilibrio en cada circunstancia (García Amado, pp. 232 y 233).

Las teorías de la argumentación jurídica parten, como ya lo establecía Perelman, de que el criterio de lo justo sólo puede ser alcanzado mediante el debate intersubjetivo. Además, podemos encontrar las propuestas realizadas por Habermas, Alexy y Aarnio, dentro de las teorías argumentativas. Sin embargo, las teorías de argumentación actuales buscan lograr un equilibrio entre las ya señaladas, y parten de la idea de una racionalidad práctica por la cual la racionalidad de una decisión valorativa estará basada no sólo en su contenido sino también en la manera como se hayan sentado dichos contenidos.

En este sentido, la racionalidad jurídica establece que el elemento clave de la decisión jurídica racional no es el *qué* determina como producto –es decir, su contenido– sino el *cómo* se justifica ese contenido mediante razones; de modo que se considera irracional toda sentencia que no se encuentre debidamente motivada y justificada con argumentos normativos, valorativos y fácticos.

Argumentación y racionalidad judicial

Indudablemente las teorías de la argumentación judicial analizadas anteriormente son importantes para un proceso judicial en que, por lo menos, dos partes argumentan frente a un tercero imparcial (juez) con base en una serie de normas que garantizan equilibrio e igualdad entre ambas. Sin embargo, es necesario considerar cómo puede ser argumentativamente correcta la sentencia de la o el juez

más allá de estar fundamentada en las mejores razones. En este sentido, es necesario tocar el tema de la eficacia de la argumentación judicial y no sólo el de su racionalidad.

Jürgen Habermas y Klaus Günther afirman que la teoría de Alexy podría funcionar muy bien en cuestiones legislativas, ya que la decisión legislativa resultaría legítima y racional en tanto que habría sido adoptada mediante un consenso en el cual se respetaron los derechos argumentativos de todos y a causa de un interés general. A esto Habermas y Günther lo denominan el *discurso de fundamentación de las normas*, es decir, que la norma que emana de una actividad discursiva es la norma racionalmente válida (García Amado, p. 235).

No obstante, a la o el juez las normas válidas le son dadas por el sistema en el que se encuentra, pero esto no significa que la o el juez no cree derecho sino todo lo contrario, pues es quien otorga perfiles precisos a las normas legales para convertirlas de generales y abstractas a normas aplicables a un caso concreto. Sin duda, las y los legisladores no pueden prever una solución precisa para cada caso concreto, por lo que la argumentación jurídica de la o el juez se tornaría entonces en la correcta adecuación de la norma al caso concreto. Lo anterior es denominado *discurso de aplicación de las normas*.

Tanto Habermas como Günther consideran que la compatibilidad entre ambos discursos puede darse a partir de la idea de las normas jurídicas legales; y señalan que la o el juez al decidir la adecuación de un caso concreto a una determinada norma, la está precisando y marcando un trazo, pero con el propósito de mantener un criterio idéntico para un caso futuro de la misma índole (García Amado, p. 236). En este sentido, ya no se trata únicamente de convencer a un auditorio sobre la aplicación de una norma, sino de que dicha aplicación se realice de la mejor manera para hacer justicia al caso concreto.

Alexy responde a estos señalamientos afirmando que cuando dos normas colisionan por ser aplicables al mismo caso pero con consecuencias contrapuestas, y a la luz de la concreta situación, se declara aplicable una sola. Con ello se está añadiendo una excepción al enunciado general de la norma no aplicable, pero esta acción requiere de un discurso de fundamentación, pues no basta únicamente con el de aplicación.

Asimismo, rechaza lo debatido por Günther y sostiene que es falso que en el discurso de fundamentación se utilicen únicamente casos genéricos, pues las y los legisladores cuentan con la experiencia y la posibilidad de imaginarse todo tipo de casos. Alexy reconoce que pueden surgir situaciones imprevistas al momento de crear la norma; sin embargo, si la respuesta que la nueva situación exige es una modificación de la norma, no bastará únicamente con un discurso de aplicación sino que será necesario un discurso de fundamentación (García Amado, pp. 237 y 238).



MATERIAL DE ESTUDIO

Bibliografía obligatoria

VIGO, RODOLFO LUIS, "Paradigmas de la interpretación jurídico-judicial", en *Interpretación constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis/Abeledo Perrot, 2004, pp. 203-235.

MACCORMICK, NEIL, "Retórica y Estado de derecho", en *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 21, CSIC, Madrid, 1999, pp. 5-21.

GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, "La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias", disponible en <www2.scjn.gob.mx/investigacionesjurisprudenciales/seminarios/2o-seminario-jurisprudencia/doctrinarios/teoria-de-argumentacion-juridica-logros-y-carencias.pdf>, página consultada el 30 de junio de 2010.

LECTURA 1

Tomada de: Rodolfo Luis Vigo, "Paradigmas de la interpretación jurídico-judicial", en *Interpretación constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis/ Abeledo Perrot, 2004, pp. 203-235.

PARADIGMAS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICO-JUDICIAL

Desde que Thomas S. Kuhn desarrollara su teoría de los “paradigmas” en la ciencia,¹ dicho método de análisis se ha ido extendiendo en su uso, alcanzando con éxito el campo de los juristas.² Pero al mismo tiempo se advierte sin mucho esfuerzo, que el significado que se le atribuye al término “paradigma” se ha tornado confuso y hasta equívoco,³ por eso resulta necesario señalar, aunque más no sea aproximadamente el sentido en el que lo emplearemos en el presente trabajo. Concretamente nos proponemos analizar, ciertos “modelos” desde los cuales se describe, prescribe y crítica a la interpretación jurídica cumplida especialmente por los jueces. Hemos de puntualizar algunas propuestas doctrinarias que postulan sendas teorías de la interpretación jurídica con características diversas, que en definitiva constituyen, cada una de ellas, un especie de “matriz disciplinar” de la actividad de los intérpretes jurídico-judiciales, al punto de que el esfuerzo de éstos se presente como posible y legitimado en tanto se someten a dicho modelo. En las teorías en cuestión se mezcla inescindiblemente lo descriptivo con lo prescriptivo; pues ellas intentan, con mayor o menor fuerza y explicitación, señalar y proponer el modelo de juez que “es” y/o el que “debe ser”.

Con un afán pedagógico, es probable que muchas veces incurramos en una simplificación excesiva de los paradigmas, ciñéndonos a una o varias características o dimensiones a las que consideramos identificatorias de la propuesta. El riesgo de este método consiste, precisamente, en no llevar a cabo un análisis más fidedigno, detallado o exhaustivo del paradigma, silenciado o apenas insinuando otras notas que posibilitarían suavizar la rigidez del modelo tal cual lo describimos resumidamente. Por otro lado, en algunas oportunidades, la propuesta no está formulada explícita y claramente, sino que más bien la inferimos a partir de posiciones asumidas en otros problemas filosóficos o iusfilosóficos centrales. Una última advertencia: este artículo fue concebido pensando en la función propia de los jueces, sin embargo, a veces nos vimos forzados a dirigir nuestra mirada al intérprete jurídico en general, ello motivado por el contenido de algunas teorías en donde la tarea interpretativa judicial queda absorbida o asimilada a la que cumple el resto de los juristas.

1.-*Paradigma dogmático o racionalista*: Pretende y confía que el juez opere sometido a las exigencias propias de la razón teórica o científica exacta, de modo que con sencillez y certeza absoluta deduzca acriticamente desde la ley la solución del caso, tal cual la quiso el legislador. Sin duda que fue este modelo con el que se modeló la moderna ciencia jurídica forjada en el siglo anterior por la exégesis francesa, la escuela histórica alemana y la jurisprudencia de concepto. No obstante las críticas acerbas que doctrinarios de distinto cuño han descargado sobre este modelo, aun hoy son muchos los juristas que exigen al juez reducirse a ser simplemente la boca de legislador que repetía mecánicamente las palabras de la ley para el caso, según las enseñanzas de MONTESQUIEU.

El modelo partía de admitir una razón o capacidad todopoderosa y omnicompreensiva del legislador o creador del derecho, dispuesta a prever anticipadamente la totalidad de los casos que podrían llevarse ante los tribunales, y, en consecuencia, bastaba que el juez supiera armar un silogismo deductivo, para que el conflicto obtuviera mecánicamente la resolución establecida en la norma jurídica legal. Las exageraciones de este paradigma llevaron a propugnar originariamente que frente a la ausencia de ley que contemplara el entuerto, correspondía que el juez rechazara la demanda, pues éste quedaba privado de construir su riguroso y obligatorio silogismo por falta de premisa mayor. El resultado interpretativo se obtenía con asepsia valorativa, certeramente y sin mayores dificultades, y consiguientemente, la jurisprudencia se circunscribía a algo mecánico, previsible, exacto y carente de fuerza innovadora y creadora.

¹ Cfr. KUHN Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971.

² Cfr. PECZENIK A., *The basis of legal justification*, Lund, pág. 130.

³ Recordemos que Margarte MASTERMAN acusa a KUHN de aplicar hasta veintidós modos distintos al término “paradigma”.

Entre las santísimas consignas expresivas del paradigma que la historia recogió de los integrantes de la exégesis mencionamos ésta de Laument: “Los códigos no dejan Nadal arbitrio del intérprete, éste no tiene ya por misión hacer el derecho: el derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos”.⁴ En *Sistema de Derecho Romano actual*, SAVIGNY consagra la repetida definición de la interpretación como “reconstrucción del pensamiento contenido en la ley”,⁵ y agrega: “la interpretación de la ley en nada difiere de la interpretación de cualquier otro pensamiento expresado por el lenguaje como, por ejemplo, la de que se ocupa la filología”,⁶ así reafirma el corifeo mayor de la escuela histórica, la naturaleza puramente teórico-cognoscitiva de la interpretación circunscripta a la ley, la que al mismo tiempo queda netamente diferenciada de la aplicación y de la creación jurídica. La preocupación científica del IHERING del *Espíritu del Derecho Romano*, convertida en “química jurídica”, asigna a la interpretación jurídica una simple función inicial o inferior concentrada en verificar empíricamente y ordenar los materiales jurídicos.

En el afán por asegurar que la decisión del intérprete sea previsible y objetiva se inscriben los esfuerzos por lograr una “justicia hecha a máquina”, en el ámbito de lo que FROSINI ha denominado “juscibernética”⁷ comprensiva del “tratamiento automático de datos jurídicos como metodología lógico-operativa dirigida al logro de un derecho artificial, así como teoría de los circuitos de control y autorregulación en el derecho”.

2. *Paradigma irracionalista o arracionalista*: Es la contracara del modelo anterior, en tanto desconfía de las posibilidades de un juez decidiendo sobre las bases de un método o juicio racional. Por el contrario, reconoce que sobre la decisión judicial operan inevitablemente un sinnúmero de factores extrarracionales que la tornan incontrolable en términos de objetividad y racionalidad. Esta propuesta no sólo subraya el carácter problemático y casuístico del mundo jurídico frente a las pretensiones sistemáticas y de respuestas previsibles, sino que conlleva a consolidar la presencia e importancia del juez como fuente del derecho.

Clara manifestación de este paradigma lo constituye Kantorowicz, cuando al proclamar a comienzos de este siglo el “movimiento del derecho libre” escribe con irreverencia: “los ideales de la legalidad, de la pasividad, de la fundación racional, del carácter científico, de la seguridad jurídica y de la objetividad parecen incompatibles con el nuevo movimiento”.⁸ También podemos enrolar en este modelo al realismo jurídico norteamericano en las posiciones de por ejemplo un Jerome FRANK, desde el momento que afirma la imprevisibilidad de las sentencias judiciales, dado que ellas son fruto de instituciones (*hunches*) por lo que la pretensión de certeza en el derecho se torna ilusoria.

Igualmente incluiríamos en el paradigma irracional a la teoría pura del derechos en tanto identifica a la interpretación –creación como un acto de voluntad y no de conocimiento, lo que convierte a la decisión judicial en fruto de la subjetividad judicial, sin que se pueda sostener algún método o criterio objetivo que indique cuál de las dos opciones que deja al intérprete la norma superior es la correcta o la preferible. La nómina de los auspiciados de este paradigma podríamos engrosarla con autores como Hermann ISY, quien no duda en afirmar que las decisiones judiciales surgen de los sentimientos y no de la razón; o como Alf ROSS, si tenemos en cuenta el papel asignado a la llamada ideología normativa o a la conciencia jurídica material en las decisiones judiciales.

⁴ Cit. por BONNECASE J. *La Escuela de la Exégesis en Derechs Civil*, Ed. Cajica, México, 1944, pág. 141.

⁵ SAVIGNY, F.C., *Sistema del Derecho Romano actual*, trad. J. Mes J.J. POLEY, Madrid, T. pág. 69.

⁶ *Ibidem*, pág. 187.

⁷ FROSINI Vittorio, *Cibernética, derecho y sociedad*, Tecnos, Madrid, 1982, págs. 15 y 41.

⁸ KANTOROWICZ Germán, “La lucha por la ciencia del Derecho” en *La Ciencia del Derecho*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1949, pág. 361.

En definitiva, según este modelo la creación jurídica desborda ampliamente el ámbito del legislador y la nómina de las fuentes del derecho se enriquece y diversifica. Además, la descripción silogística que se esfuerza por asimilar la razón jurídica judicial a las exigencias propias de un silogismo deductivo, es denunciada por absolutamente falaz y carente del más mínimo asidero en la realidad que cotidianamente pasa por los tribunales. Las decisiones que toman los jueces, no obstante las fachadas de justificación que se esfuerzan por construir, responden a prejuicios, intuiciones, emociones, ideologías, etcétera, y por ello, que la pretensión de someterlas a un control de racionalidad u objetividad está destinada al fracaso. A los justiciables no les queda otra alternativa que esperar resignadamente a que los sentimientos del juez los favorezcan, o, hacer “profecías” respecto a cómo éste canalizará su capacidad creadora en derecho.

3.- *Paradigma político o negativista*: La vinculación de la función judicial con el uso y control del poder político y social ha llevado a algunos pensadores a absolutizar esa dimensión e identificarla exclusivamente con ese despliegue de poder. El derecho queda así subsumido en la lucha que se desarrolla en torno al poder, es decir, entre los que usufructúan esa dominación social y los que la padecen. Plantear razonamientos jurídicos, asépticos, es mero ocultamiento del conflicto social desde el que emerge el derecho. Los juristas encargados de hacer funcionar las instituciones jurídicas, no son más que usufructuarios interesados de las mismas desde las cuales controlan, se benefician o actúan políticamente.

Marx cuando denuncia en la *Ideología alemana* a los juristas como “ideólogos de la propiedad privada”⁹ y cuando integralmente descalifica al derecho como instrumento de explotación al servicio de la clase burguesa, dominadora de los medios de producción, está caracterizado a los jueces como operadores políticos superestructurales. Aboga a favor de este modelo la teoría del uso alternativo del derecho, al reclamar a los juristas, y en especial a los jueces, que se transformen en medios adecuados para poner al descubierto las contradicciones que encierra el derecho burgués y que procuren ampliar los espacios liberadores del mismo. Podemos igualmente leer en clave propia de este paradigma, el pensamiento de FOUCAULT, ello si advertimos que a tenor de lo que escribe en *La verdad y las formas jurídicas*, la raíz del conocimiento en general, y del jurídico en particular, se instala “en la manera como se odian entre sí los hombres, luchan, procuran dominarse unos a otros, quieren ejercer relaciones de poder unos sobre otros”.¹⁰

En esta propuesta la perspectiva cognoscitiva y operativa del derecho se esclarece en tanto y en cuanto lo vinculemos al poder, pero además, como éste queda definido en términos de opresión, el derecho queda inexorablemente teñido de un color negativo o pesimista que insta a los juristas a promover su supresión o cambio radical. Frente al derecho no hay neutralidad posible, o se está a favor de su función falsificadora, ocultadora, o explotadora de la realidad, o se está a favor de su denuncia o su transformación total. La jurisprudencia como el resto de las fuentes de derechos, no es más que expresión de la lucha que por la dominación ocurre en la sociedad, La visión política acerca del derecho, y más precisamente, la visión pesimista respecto del mismo, como el llamado a los juristas para las acciones correspondientes, constituye la nota central de este paradigma.

4. *Paradigma herculeano*: Obviamente que estamos aludiendo aquí a la teoría de Ronald DWORKIN. El profesor de Oxford, en su lucha contra el utilitarismo, negador de los derechos humanos, y contra el positivismo, reductor del derecho a las normas y postulador de la discreción judicial, va a proponer el modelo del juez filósofo que llama Hércules en tanto posee una habilidad erudición paciencia y perspicacia sobrehumana. Desde este perfil arraigado en el totalismo pragmático,¹¹ pesa sobre los jueces la “responsabilidad política” de “descubrir la respuesta correcta” para cada caso a partir de una teoría

⁹ MARX Carlos y ENGELS Federico, *La ideología alemana*, Pueblos Unidos, Buenos Aires, 1973, pág. 265.

¹⁰ FOUCAULT Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, México, 1986, pág. 28.

¹¹ Cfr. mi artículo “El antipositivismo jurídico de Ronald DWORKIN” en *Anuario Jurídico*, 1988, XV, Universidad Nacional Autónoma de México, págs. 295 y sigs.

omnicomprensiva y coherente de la totalidad de las normas, directrices, principios, instituciones y precedentes que constituyen el derecho —explícito o implícito— que rige y debe regir en una comunidad. “Es posible que el derecho —advierde DWORKIN— no sea un sistema sin lagunas, pero el demandante tiene el derecho a pedir que Hércules lo trate como si lo fuera.”¹²

Sin comprometerse DWORKIN en disquisiciones y posiciones ontológicas, elabora un modelo de adjudicación judicial que excluye la discrecionalidad, y exige encontrar la única solución que objetivamente cabe dar a los conflictos jurídicos a partir de una teoría abarcadora del derecho, la moral y la política. La alternativa dworkiniana prescribe racionalidad, objetivismo, coherencia, sistematicismo y la superación de juridicismo. Al mismo tiempo rechaza “la teoría positivista de la discrecionalidad judicial” basándose en los siguientes argumentos: a) lingüístico: los abogados y los jueces hablan del derecho como un sistema donde se descubren y no se inventan las soluciones; b) democrático: los jueces que crean derecho violentan la división de poderes, y c) axiológico: la discrecionalidad implica una creación jurídica retroactiva, o *ex post facto* y en consecuencia, injusta. El antecesor de DWORKIN en Oxford H. HART, llama la atención sobre la importancia que tiene el modelo hercúleo en toda la teoría dworkiniana: “la teoría de la adjudicación es el núcleo de la tesis antipositivista, no solamente contra la teoría de la discrecionalidad, sino también contera la tesis positivista de la separación conceptual del derecho y la moralidad, y la tesis de las fuentes sociales del derecho”.¹³

El paradigma dworkiniano sustrae de la manos de los jueces la creación del derecho, pero al modelo simplista del positivismo normativista, opone una versión compleja y variada del derecho en donde desempeñan un papel destacado los “principios”, o sea, aquellos estándares que han de ser observados, no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque son exigencias “de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”.¹⁴ El cierre del modelo lo garantiza la confianza en la razón de los jueces, capaz de encontrar la solución correcta y objetiva para cada caso a partir de la reconstrucción de todo el sistema jurídico.

5.- *Paradigma funcionalista o pragmático*: Con este paradigma estamos pensando aquellas teorías que son en el derecho simplemente un instrumento útil como para aportar al funcionamiento estable y pacífico de la sociedad. La pretensión de justicia o de corrección lógica queda desvinculada del derecho, y sólo se reclama a los juristas habilidades técnicas en vista a la paz social. Las instituciones jurídicas forman parte del engranaje social y político, pues ellas son aptas para lograr el equilibrio entre los diversos sectores e intereses respectivos.

Precisamente, Roscoe POUND, considera al derecho como “obra de ingeniería social (*social engineering*)” en tanto era “un complejo de materiales de uso efectivo consignados por el pasado, sobre los cuales nosotros, consciente e inconscientemente, actuamos para realizar las aspiraciones y satisfacer las necesidades del presente”.¹⁵ El jurista no está para encontrar la verdad, los valores universales, la sistematicidad y coherencia del derecho, sino para servir con eficacia a la sociedad equilibrando las exigencias de estabilidad con las de progreso, y procurar la satisfacción del mayor número de intereses sacrificando el número menor.

El funcionalismo sociológico de Niklas LUHMANN reduce el derecho a su funcionalidad pacificadora promoviendo la “fe abstracta en el sistema”, que a su vez genera una legitimación fundada en la aceptación mecánica de decisiones burocráticas y sobre la tradición, la convicción o el consenso. “Las sociedades más complejas —afirma LUHMANN—deben constitucionalizar en sus sistemas parciales una

¹² DWORKIN Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, pág. 190.

¹³ HART Herbert L.A. “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *Sistema*, no. 36, mayo de 1980, pág. 11.

¹⁴ DWORKIN R., *Los derechos en serio*, *op. cit.*, pág. 72.

¹⁵ POUND Roscoe, *Interpretations of Legal History*, Cambridge Mas, 1946, pág. 20.

elevada arbitrariedad “LUHMANN rescata el papel de ideología como funcionalmente necesario, por lo que ha de existir una “planificación de la ideología”, es decir “una producción administrativa de sentido”,¹⁶ el sistema político se encarga de producir, administrar y controlar el poder en nombre de la sociedad, contando a su favor con una disposición de aceptar las decisiones aún no determinadas, dado que el sistema tiene la energía para seleccionar entre diversas soluciones funcionalmente equivalentes. El derecho, en definitiva, deja de ser bueno o malo para el hombre concreto, pues el centro lo constituye el sistema social mismo, a cuya viabilidad se orientan los subsistemas y sus funciones. En definitiva nos dice LUHMANN: “El criterio de la justicia se refiere a la unidad del sistema como un todo”.¹⁷

En este paradigma el derecho pierde especificidad, su definición y valor queda atado inescindiblemente al servicio que presta al sistema social y político, pero además, hay confianza en obtener que el derecho cumpla acabadamente con esa función que reclama la estabilidad de la sociedad.

6. *Paradigma procedimentalista*: El modelo dworkiniano pone el acento en lo metodológico, pero predomina en él una dimensión de corrección objetiva en la solución que el juez debe hallar, a punto tal que cabe la mentira de éste cuando la solución encontrada resulta incorrecta o injusta. En el paradigma a que ahora nos referimos encontramos variantes muy diversas, pero quizás el rasgo común de todas ellas reside en procurar controlar y regular el procedimiento a recorrer por el razonamiento, de modo que el resultado queda legitimado y aprobado en tanto y en cuanto el camino indicado se haya seguido. Dicho de otra manera, no interesa el contenido de lo que se concluyó jurídicamente, sino el medio a través del cual se alcanzó dicho resultado.

Podemos adscribir a este modelo la preocupación de Lon FULLER, cuando plantea los ocho exigencias de un “derecho natural procesal” o “moral interna del derecho”, al que explícitamente lo distingue de algún “derecho natural sustancial” o “moral externa”, afirmando: “lo que nos importa no son los objetivos sustantivos de las normas legales, sino las formas en que debe ser creado y administrado un sistema de leyes para gobernar la conducta humana”.¹⁸

Ya en directa vinculación con el tema de la interpretación jurídica, cabe incluir en el paradigma procedimentalista a la “nueva retórica” de PERELMAN, atento a que su objeto sería cubrir “todo el campo de la argumentación tendiente a convencer o persuadir, cualquiera que sea el auditorio al que se dirija y cualquiera que sea la materia de la que se trata”.¹⁹ El esfuerzo retórico, aunque sujeto a reglas diferentes, se centra básicamente en el alcanzar el consenso por sobre el contenido del mismo.

En este paradigma procedimental pueden mencionarse un buen número de pensadores contemporáneos, sin duda que el llamado “giro pragmático de la filosofía” ha contribuido a su difusión, y en este sentido, los aportes de HABERMAS o de APEL abonan a favor de planteos éticos fundados en el diálogo o preocupados por las exigencias formales o procedimentales. En el plano específicamente jurídico, y sin un afán exhaustivo, recordemos la teoría de la argumentación jurídica de Robert ALEXY sujeta a las veintiocho reglas que ordenan la razón práctica.

También a la teoría de AARNIO de la “aceptabilidad racional” o la “ideología de la seguridad jurídica”²⁰ fundada en la validez formal de la decisión, su efectividad y un consenso representativo sobre el sistema de valores que es la base del sistema legal.

¹⁶ Esta cita y las anteriores, han sido tomadas de Daniel NNERARI, “La Ilustración sociológica de Niklas Luhmann” en *Persona y Derecho* nº 17, 1987, págs. 12 a 29.

¹⁷ LUHMANN Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pág. 37.

¹⁸ FULLER Lon., *La moral del Derecho*, Ed. Trillas, México, pág. 110.

¹⁹ PERELMAN Ch., *L'empire rhétorique et argumentation*, J Vrin, París, 1977, pág. 19.

²⁰ Cfr. AARNIO Aulis, “Sobre la racionalidad. Algunas observaciones sobre la justificación jurídica” en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, no. 23-24, Universidad de Granada, 1984, págs. 1 a 17.

A la racionalidad práctica propia de los jueces en el cumplimiento de su función, se le exige inexcusablemente que se someta a ciertas reglas procedimentales cuyo producto así obtenido cuenta con la corrección o validez esperable. La pregunta por el “qué” de la decisión es sustituida por el “cómo” se obtuvo.

7. *Paradigma dialéctico*: Con este paradigma queremos referirnos a la propuesta de Michel VILLEY. Se trata de una variante que reconoce una dimensión procedimentalista y se identifica con las propuestas claramente sustanciales o materiales del iusnaturalismo clásico expuesto por ARISTÓTELES, el Derecho Romano y Santo Tomás de Aquino. Más allá de esta descripción del pensamiento villeyano, lo cierto es que el mismo presenta peculiaridades que justifican un tratamiento particularizado.

El lugar que ocupa la “interpretación iuris”, o más específicamente el arte jurídico, en el pensamiento del profesor parisino, es muy destacado.²¹ Es que a través de ese trabajo de los juristas era posible encontrar en el orden natural la medida con la que debían repartirse entre los ciudadanos los bienes extremos, de manera que cada uno reciba lo suyo. La naturaleza de la que los juristas extraen el derecho, comprende no sólo el ámbito de lo humano, sino que también abarca el mundo físico y hasta el animal. No se cansa de repetir VILLEY con SABINO, que el derecho no se encuentra en las reglas, dado que ello sería moralismo jurídico, atento a que la moral como las normas se encargan de establecer modelos de conductas o vida, pero no dicen lo justo. Sin embargo se anima VILLEY a escribir: “Yo no sé que haya habido otro fundamento para la medida jurídica de lo mío o de lo tuyo que esta fuente común, exterior, accesible a todos: este reparto que no ha sido forjado por la arbitrariedad, ni por la razón consciente del hombre, sino espontáneamente por la naturaleza, en cada ciudad y en cada época... De ahí extrae su origen el derecho, pues antes del orden de las leyes, está el orden social espontáneo”.²²

Quizá uno de los rasgos curiosos de la interpretación jurídica en la visión villeyana, es que dicho saber tiene un carácter teórico o especulativo y no práctico. En esa convicción afirma el ex redactor de los *Archives*: “el derecho es ante todo objeto de conocimiento teórico. Es una cosa que se contempla, que se busca encontrar”,²³ el derecho se expresa “en enunciados indicativos, verdades sobre el ser”,²⁴ y siendo el derecho una cosa que primigeniamente se encuentra en la naturaleza es “objeto de investigación” por medio de la dialéctica.

Precisamente, el método de la interpretación jurídica es la dialéctica, o sea un diálogo ordenado realizado por los juristas en búsqueda de la verdad o lo justo. Ratificando el carácter teórico del saber interpretativo, VILLEY advierte que fue la dialéctica “la cuna en el medio de la filosofía”, de ahí que los juristas romanos puedan ser llamadas “sucesores de los filósofos griegos”, y como prueba del uso de la dialéctica, expone VILLEY hasta las obras de metafísica y teología del Aquinate. La dialéctica “ocupa un punto medio entre la ciencia y la retórica”,²⁵ dado que no es mera retórica en búsqueda del consenso, pero tampoco ciencia estricta con verdades definitivas.

Otro punto del paradigma villeyano que merece ser subrayado alude a que la obra de juristas se circunscribe al mundo de la justicia particular, por lo que se excluye a la justicia general o legal en razón de que ésta no tiene naturaleza jurídica sino moral.

²¹ Cfr. mi artículo “La interpretación jurídica en Michel Villey” en *Armario de Filosofía Jurídica y Social*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, no. 9, 1989, págs. 171 a 194.

²² VILLEY Michel, *Compendio de Filosofía del Derecho*, EUNSA, Pamplona, 1979, t. II, pág. 160

²³ VILLEY Michel, *Método, fuentes y lenguaje*, Ed. Ghersi, Buenos Aires, 1978, pág. 129.

²⁴ *Ibidem*, pág. 174

²⁵ VILLEY Michel, *Compendio...*, op.cit. T. II, pág. 69.

Sintetizando, el derecho no se saca de las normas sino de la naturaleza y de una diversidad de fuentes no siempre coherentes, por medio de la dialéctica de los juristas, quienes son los encargados de culminar la obra colectiva del derecho o lo justo recurriendo a la equidad.

8. *Paradigma hermenéutico*: no cabe duda de que la hermenéutica constituye, especialmente en Alemania, en la filosofía general y en la filosofía jurídica en particular, una corriente nutrida por un importante y calificado número de autores. De ahí que no resulte fácil precisar las características de tan significativa pléyade de pensadores (ESSER, VIEHWEG, ENGLISH, WIEACKER, LARENZ, MÜLLER, HASSEMER, KAUFMANN, etc.). Con esta salvedad intentamos una descripción sucinta e interesada de dicho paradigma.

Como el mismo nombre “hermenéutica” lo pone de relieve, la temática interpretativa se constituye en eje central de la escuela. Su esfuerzo crítico se orienta a poner al descubierto la “ingenuidad” y falsedad que supone la “ideología de la subsunción” que admite que la ley consagra una solución que el juez se limita a aplicar a cada caso que se le presenta. La hermenéutica concibe a la interpretación o comprensión jurídica, como un proceso de encuentro, esclarecimiento y desarrollo entre la norma (“deber ser”) y el caso real (“ser”).

HASSEMER es terminante: “De la misma manera que no existe la norma abstraída de cualquier ser, no existe el caso abstraído de cualquier ser, no existe el caso real”.²⁶ El juez cumple un papel activo “constituyendo” el caso mediante la selección y estructuración de un acontecimiento del mundo exterior con el auxilio de la norma, y así llega a contar con un “caso real jurídico”.

La norma no es más que el sentido resolutorio que el jurista constituye en la comprensión, a la luz del caso que debe resolver, pero ese proceso de comprensión nunca es “puro” o plenamente “objetivo” sino que se parte de una “comprensión previa” de “prejuicios”, “predeterminación” o “expectativa de sentido”.

Esta situación desde la cual el jurista parte, no es un mero fenómeno individual, sino que principalmente representa las características de la sociedad y la cultura conformadas y estabilizadas a lo largo de la historia. La lectura de un “texto” se hace desde un “contexto”. Así se dificulta la posibilidad de medir y comprobar la comprensión correcta o acertada.

Además de enfrentar a la teoría de la subsunción, el otro frente de ataque lo representan esos “hermanos enemistados” (como los llama KAUFMANN) que son tanto el iusnaturalismo racionalista como el iuspositivismo, contando para ello con el arma del “derecho natural concreto”. Precisamente Arthur KAUFMANN distingue en el proceso del derecho tres etapas: la primera son los principios jurídicos abstractos generales, suprapositivos, valorativos y suprahistóricos; la segunda etapa es la ley general concretizada, positivo-formal, no supra-histórica, pero válida por un período más o menos largo, y la tercera etapa es el derecho concreto, material, positivo, histórico. En suma: idea jurídica-norma jurídica-decisión jurídica. Corresponde advertir que así como ninguna de estas etapas puede eludirse, tampoco debe pensarse que por simple deducción se puede pasar de una a otra etapa. La idea jurídica y la norma son sólo posibilidad del derecho, éste se alcanza a través de las relaciones concretas de vida, por eso sólo cuando el “deber ser” y el “ser” son puestos en correspondencia, aparece el derecho.²⁷

9. *Paradigma analítico*: Está fuera de discusión la importancia adquirida por la escuela analítica en el campo jurídico, pero lo que resulta difícil es intentar precisar los límites que definen a la misma. Con esta salvedad, intentaremos puntualizar algunas características que pueden llegar a constituir las notas principales de la *analytical jurisprudence*.

²⁶ HASSEMER Wrinfried, “Hermenéutica y Derecho” en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, no. 25, 1985, pág. 7

²⁷ KAUFMANN Arthur, *Analogía y naturaleza de la cosa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, pág. 56.

Este paradigma se construirá desde una teoría del lenguaje,²⁸ que asume el lenguaje como un sistema de símbolos mediante los cuales los hombres convienen representar la realidad y comunicarse entre sí; de manera que no existe ninguna relación natural entre los símbolos y las cosas. El camino analítico enseña que al preguntarnos por el derecho, no puede responderse desde posturas esencialistas o metafísicas que procuren describir en las cosas ciertas notas que constituyen el derecho como tal, sino que el camino será observar e identificar los modos en que se usa la palabra por la que nos preguntamos. Queda así indicado el método analítico: analizar las disputas terminológicas, para describirlas apropiadamente o estipular un uso conveniente de los términos.

Además de la renuncia a toda metafísica, otra característica principal de la analítica jurídica reside en distinguir acabadamente la función del “censor” del derecho del “expositor”, dado que la preocupación teórica no pasa por hablar de lo que “debe ser” el derecho sino por indicar lo que “es” el derecho. En consecuencia, una norma jurídica no pierde el carácter de tal en razón de su contenido inmoral o injusto.

El derecho, al menos desde la perspectiva del más notorio representante analítico, H.L.A. Hart, es definido como un sistema de reglas sociales, pero en las clases que ofrece de las mismas, amplía la versión reductiva coactivista de AUSTIN o KELSEN.²⁹ En efecto, además de las “reglas primarias” que prescriben deberes, están las “reglas secundarias”, entre las que se destaca la “regla de reconocimiento” que consiste en la práctica desplegada por los jueces en la que se puede identificar las reglas que efectivamente forman parte de ese ordenamiento jurídico.

Las normas jurídicas al comunicarse mediante el lenguaje, no pueden evitar la “textura abierta” que él mismo conlleva, de modo que junto a un núcleo de significado claro y determinado, aparezcan zonas de penumbra o incertidumbre que llega al extremo cuando el intérprete se enfrenta a un caso marginal o atípico. La interpretación de las normas supone asumir no sólo los problemas semánticos implicados en las palabras incluidas en las mismas, sino también los problemas sintácticos que acarrear los vínculos entre los términos de la oración. Pero además de esos problemas que ofrecen las normas aisladas, cabe advertir que los sistemas jurídicos ofrecen también graves problemas para el intérprete, tales como: contradicciones, redundancias, inoperancias, lagunas normativas y axiológicas.

Recurramos una vez más a HART para sintetizar el modelo analítico interpretativo: “los poderes legislativos de los jueces son “intersticiales” y sujetos a muchas restricciones. A pesar de ello, tales restricciones desaparecerán en aquel punto en el que el derecho existente no acierte a imponer alguna decisión como la decisión correcta. En este punto, el juez para decidir el caso debe ejercer su poder de creación de derecho aunque no debe hacerlo arbitrariamente: es decir, debe siempre tener algunas razones generales que justifiquen su decisión y actuar como lo haría un legislador conciente, decidiendo según sus propias creencias y valores”.³⁰

10. *Paradigma prudencial-retórico*: Así denominamos al modelo al que finalmente adherimos.³¹ Si quisiéramos caracterizarlo esquemática y sucintamente en diversos puntos, comenzaríamos señalando que el esfuerzo interpretativo compete a la “razón práctica”, atento a que todo el conocimiento jurídico no tiene por objeto la contemplación, sino que su finalidad es dirigir o valorar, con mayor o menor precisión

²⁸ Cfr. GUTBOURG Ricardo A., “La interpretación del Derecho desde el punto de vista analítico” en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, no. 9, año 1989, Abeledo-Perrot, págs. 155 a 170.

²⁹ Cfr. HART H.L.A., el concepto de Derecho, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, cap. III

³⁰ HART Herbert L. A., *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, op. cit., pág. 9

³¹ En realidad nuestra posición expresa ideas que encontramos en autores enrolados en la corriente que podríamos denominar iusnaturalista clásico, y que encuentre en la actualidad con expositores destacados como John FINNIS, Georges KALINOWSKI, Javier HERVADA, etc. cfr. Nuestro artículo “La interpretación de la ley como saber prudencial retórico” en *El Derecho*, 19-IV-1985.

y rectitud, a la conducta humana en la que aparece comprometida la justicia. Así nos apartamos tanto de los “irracionalismos” o “arracionalismos”, como del defecto extremo contrario que atribuye la interpretación a una razón de naturaleza teórica o especulativa.

Luego de haber reconocido la naturaleza práctica del saber interpretativo debe agregarse con ARISTÓTELES que “no es ciencia”,³² sino que se inscribe al nivel prudencial, es decir, aquel más cercano a la acción singular, más allá del cual ya no hay conocimiento sino obrar y en el que culmina todo el saber práctico.

Corresponde a la prudencia jurídica especificar y mandar, sin pretensión de universalidad o necesidad demostrativa, lo que por razón de justicia se debe hacer o no hacer en ese tiempo y lugar. Estamos aquí ante un saber circunstanciado, que dilucida lo justo respecto a ciertos sujetos y a tenor de irrepetibles coordenadas históricas. La interpretación en un sentido estricto llevada a cabo por el juez, se pronuncia en orden a un conflicto jurídico donde corresponde que defina y demande la conducta que satisfaga lo justo, o sea que respete o le restituya al otro lo que le corresponde. La definición prudencial de la conducta justa imperada por la norma singular, implica un enriquecimiento para el orden jurídico, dado que aparece un decir jurídico normativo novedoso e inédito. Reivindicamos el carácter creado de la interpretación, y su intrínseca vinculación con un problema concreto al que busca solucionar determinando y ordenando lo justo circunstanciado. Asimismo, negamos el escepticismo axiológico, aunque admitimos las dificultades, de intensidad y complejidad diversificada, para alcanzar una definición de la conducta que se la califica justa.

La tarea prudencial judicial abocada a deliberar, juzgar e imperar sobre lo justo concreto, debe estructurarse con la forma global de un silogismo prudencial, práctico, o deliberativo, que en realidad comprende habitualmente un sinnúmero de silogismos que terminan conformando un marco-silogismo. Nos sumamos así a las corrientes descalificadoras de los que pretenden silogismos teóricos, científicos o demostrativos por parte de los jueces. Aquella forma silogística del saber prudencial posibilita que se ejerza sobre el mismo algún control de logicidad. La continuidad del saber práctico desde los niveles menos comprometidos con las conductas singulares y contingentes hasta el nivel prudencial, y la premisa mayor del silogismo judicial en cuanto a medida jurídica dotada de alcance general, nos protege de incurrir en un casuismo extremo. El juez al esclarecer y mandar esa conducta justa para ese sujeto, se ha valido más que de una norma jurídica aislada, de la totalidad del derecho, de manera que en ese punto al que refiere el juez en su sentencia estará presente todo el ordenamiento jurídico. El juez deriva creativamente su solución no desde la ley, sino desde el derecho u ordenamiento jurídico. Lejos estamos de reducir el contenido de dicho ordenamiento a sólo normas, por el contrario, incluimos en él, y en lugar destacado, el ámbito de los principios jurídicos y el de los valores.

Hemos establecido que el objeto de la interpretación jurídica consiste en decir y prescribir lo justo circunstanciado; pues nos interesa precisar ahora que en ese justo aludimos tanto a lo justo conmutativo, como a lo justo dubitativo y a lo justo general. Consecuentemente, puede darse que en la determinación de la solución se contemple de manera directa el interés general o el interés particular, aunque en ésta hipótesis estará presente indirectamente el interés de toda la comunidad. Así terminamos reconociendo lo que se ha llamado la “politicidad del derecho”, en tanto la mirada del juez, de manera mediata, o inmediata, debe comprender no sólo la justicia para las partes del caso, sino también para la justicia que procura el bien de toda la sociedad política.

Creemos que cualquier propuesta actual sobre la cuestión interpretativa no puede ignorar los aportes que en el plano del lenguaje se han ido haciendo a la filosofía, particularmente en el plano de la pragmática. De ahí también que el paradigma que suscribimos, incluya esa dimensión retórica que regula

³² ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, VI, 8, 1142 A 25

el diálogo en búsqueda de la persuasión por medio de una argumentación coherente, no contradictoria y lo más completa posible. No pensamos que el consenso constituya la verdad o que sea el criterio confirmatorio de la misma, pero por confiar en la razón y voluntad humana apreciamos posible apostar a lograr el consenso en la verdad o la justicia, como dice OLLERO “el consenso como mero síntoma racional de la verdad”.³³

11. *Conclusión:* Luego de analizados los diferentes paradigmas, se habrá podido advertir que es probable incluir algún modelo en otro según la perspectiva clasificatoria que se adopte. Dicho de otra manera, hemos considerado aquellas propuestas que apreciamos de interés, sin detenernos demasiado en un criterio clasificatorio integral más riguroso. A este respecto, si se nos pide cuáles son las alternativas que permiten ir agrupando los paradigmas a tenor de pautas más generales y precisas, comenzariamos por plantear la disyuntiva entre posiciones que se resignan al “irracionalismo” en la interpretación o que por el contrario admiten su “racionalidad”. Dentro de estos últimos, debe diferenciarse entre los que hablan de “razón teórica” o los que recurren a la “razón en su dimensión práctica”. Entre los que rehabilitan la razón práctica, cabe señalar, por un lado, los que simplemente consideran que su operatividad se restringe a una dimensión procedimental o formal, y por el otro, los que mantienen su confianza en una razón práctica capaz de descubrir o determinar objetivamente verdades sustanciales o materiales. La última distinción se proyecta sobre los que reconocen la posibilidad de acceder racionalmente a verdades jurídicas, y en tal sentido, habría posiciones simplemente deontológicas (por ejemplo DWORKIN), en tanto que prescriben la búsqueda de aquellos criterios sustanciales sin abocarse a disquisiciones o planteos ontológicos, pero también habría posiciones explícitamente ontológicas o metafísicas (por ejemplo el iusnaturalismo clásico) en donde la propuesta se deriva desde fundamentaciones de alcance más o menos universal inscriptas en la naturaleza humana., el orden natural, la naturaleza de las cosas, los valores, etcétera.

³³ OLLERO Andrés, “Consenso: ¿racionalidad o legitimación?” en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nros. 23-24, años 1983-1984, pág. 181.

LECTURA 2

Tomada de: Neil MacCormick, "Retórica y Estado de derecho", en *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 21, csic, Madrid, 1999, pp. 5-21.

Retórica y Estado de Derecho *

NEIL MACCORMICK
Universidad de Edimburgo

El lugar común de que las proposiciones jurídicas son intrínsecamente argumentables se opone al lugar común rival de que el Estado de Derecho (*Rule of Law*) es valorado en consideración a la certeza jurídica. La reconciliación de esos aparentes contrarios toma en cuenta las aportaciones de las teorías de la retórica y de las teorías procedimentales de la razón práctica,

situando así el problema de la indeterminación del Derecho en el contexto del carácter cuestionable de la acción estatal en los Estados libres. Esto no es incompatible con, sino exigido por, el Estado de Derecho, que es indebidamente considerado como asegurador de la certeza jurídica; la certeza derrotable es lo que resulta más deseable o alcanzable.

INTRODUCCIÓN

El interés por el Estado de Derecho (*Rule of Law*) es señal de una sociedad civilizada. La independencia y dignidad de cada ciudadano se basa en la existencia de un «gobierno de leyes, no de hombres». Valores como la certeza y la seguridad jurídica son centrales en el contexto de la apología del Estado de Derecho. La idea de que el Derecho exhibe una moralidad interna en la consecución, siempre imperfecta aunque no siempre con igual imperfección, de estos valores es vigorosamente discutida. E incluso el Derecho que rige una sociedad civilizada parece ser un ámbito de interminables discusiones y disputas. Casi todo lo que se hace con el Derecho puede aparentemente ser problematizado en uno u otro contexto, y pueden alegarse argumentos para rebatir las más preciadas certezas. Tan antigua como la exigencia del Estado de Derecho es el reconocimiento del ámbito del Derecho como un foro de argumentación, un ámbito propicio para la retórica en todo su discutible arte. Y la retórica puede aquí replegarse sobre sí misma. Argumentar a partir de los lugares comunes o tópicos es algo usual en la retórica, pero a veces las verdades de los lugares comunes del pensamiento cotidiano pueden, como mínimo, aparentar estar en franca contradicción mutua. La idea del *carácter argumentable del Derecho* parece echar un jarro de agua fría a la idea de certeza o seguridad jurídica. ¿O no es así? ¿Existe alguna expectativa de reconciliación entre ambas? Lo que a continuación se presentará son algunas reflexiones

* Este trabajo es una versión modificada del presentado al *Perelman Symposium* en el 20.º World Congress in Philosophy celebrado en Boston en agosto de 1998. La traducción del original inglés ha sido realizada por Isabel Lifante.

sobre la retórica y la argumentación en el Derecho encaminadas a tal reconciliación.

I. PRIMER LUGAR COMÚN: EL CARÁCTER ARGUMENTABLE DEL DERECHO

El Derecho es una disciplina argumentativa. Cualquier cuestión o problema sobre el que se piense, si es planteado como una cuestión o problema jurídico, exige una solución o respuesta en términos de una proposición que parezca correcta o al menos defendible, aunque preferiblemente concluyente, como cuestión de Derecho. Para comprobar si es correcto o genuinamente defendible o quizás incluso concluyente pensamos en los argumentos que podrían alegarse en favor de la respuesta o solución propuesta. Podemos examinar tales argumentos construyendo todos los contraargumentos que se nos ocurran. Si esto vale para una de las partes de la discusión, debe valer también para la otra. Al reflexionar sobre lo que parece ser el argumento o argumentos más fuertes de una de las partes se comprueba la fortaleza de los argumentos de la otra. Al resolver el caso contrario hay que enfrentarse con y, si es posible, derrotar a los abogados que logren presentar sus argumentos en su mejor forma posible.

Esto no es una ciencia exacta; ni siquiera es una ciencia, sino una habilidad práctica, un arte práctico. Aun así depende en gran medida del conocimiento y aprendizaje (el Derecho no es inadecuadamente llamado una «profesión liberal»)*. Los argumentos jurídicos son siempre, de algún modo, argumentos sobre el Derecho o argumentos sobre las cuestiones de hecho, de prueba, o de opinión; es decir, o bien éstos tienen que ver con el Derecho, o bien el Derecho tiene que ver con ellos. Tener y estar de hecho íntimamente familiarizado con un gran conjunto de conocimientos jurídicos es esencial tanto para el que crea como para el que evalúa argumentos de gran calidad en el Derecho. Por ello la ciencia jurídica, el estudio estructurado y ordenado de la doctrina jurídica, es un sostén esencial del Derecho como praxis. Muchas personas de vasta erudición muestran poca aptitud para la argumentación forense; a algunas de considerable aptitud y pericia les falta una completa formación para dominar el Derecho. Lo que se necesita es la combinación de ambas cosas.

El proceso de evaluación de la fuerza relativa de los argumentos en conflicto tiene que ser forzosamente una cuestión de grado, una cuestión de opinión, que requiere ser juzgada. Si los argumentos a menudo parecen estar prácticamente empatados, ¿cómo puede decirse de alguno que sea el más fuerte? Probablemente la respuesta es que no puede decirse con certeza, no del modo

* La expresión inglesa para indicar «profesión liberal» es precisamente «*learned profession*» [N. de la T.].

en que podría decirse con argumentos demostrativos¹, dónde la aceptación de las premisas como axiomáticas o como verdades contingentes permite derivar de ellas una conclusión de la que no puede dudarse en la medida establecida por sus premisas. En el Derecho la convicción subjetiva es a veces posible cuando para alguien un cierto entramado de argumentos apunta firmemente hacia cierta conclusión, y todos los contraargumentos expuestos o en los que podría pensarse parecen fatalmente débiles en comparación. Y esto puede ser una certeza compartida o intersubjetiva en el caso de que una comunidad de expertos² comparta tal opinión sobre la cuestión, incluso hasta el punto de tratarla prácticamente como un axioma. Pero tal convicción compartida, tal actitud compartida de estar en lo cierto sobre algo no es lo que se quiere decir cuando se habla de certeza en el otro sentido: que se trata de lo que es ciertamente verdad, crea alguien en ella o no.

Supongo que todo esto será un lugar relativamente común entre quienes tienen algún interés en el Derecho, bien como materia de estudio, bien como profesión práctica. Es la clave de la opinión común que conduce a posiciones conexas tales como: que el Derecho no es lógico; que la lógica no contribuye en nada al razonamiento jurídico; que el Derecho no tiene nada que ver con la verdad, sino sólo con lo que puede ser probado de acuerdo con los procesos jurídicos y los estándares probatorios aplicados a cualquier prueba que el Derecho considere relevante y admisible. El que tales posiciones derivadas sean realmente corolarios necesarios de nuestro lugar común de partida no es, ni mucho menos, obvio y será discutido en este trabajo. Pero el punto de partida se presentará a sí mismo como elemento clave de lo que debe ser asumido por quien quiera entender la naturaleza y el carácter del Derecho como una actividad práctica.

II. SEGUNDO LUGAR COMÚN: EL ESTADO DE DERECHO

Consideramos esto entonces como una tesis abierta sobre el Derecho: mientras que el Derecho sea lo que subyace a las demandas o acusaciones y defensas jurídicas será algo argumentable a veces, aunque no siempre concluyentemente; como mínimo, persuasivamente. A esto debe entonces oponérsele inmediatamente una antítesis, que también pertenece simplemente al lugar común: si el Derecho es fielmente observado, prevalece el Estado de Derecho, y las sociedades que viven bajo el Estado de Derecho disfrutan de grandes beneficios en comparación con aquellas que no. El Estado de Derecho es una situación

¹ Ronald Dworkin ha defendido con especial énfasis la tesis de que el carácter no demostrativo de los argumentos jurídicos no es, sin embargo, obstáculo para que sean argumentos correctos. Véase *Law's Empire* (London: Fontana Books, 1986), pp. 9-15, y cfr. S. Guest, *Ronald Dworkin* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991), pp. 141-144.

² Cfr. Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable* (Dordrecht: Kluwer Academic, 1987), pp. 221-225.

posible a alcanzar bajo los gobiernos humanos. Entre los valores que puede asegurar ninguno es tan importante como la certeza jurídica, excepto quizás su camarada, la seguridad de expectativas jurídicas y la seguridad de los ciudadanos frente a la injerencia arbitraria de los Estados y de sus agentes³.

Si el Estado de Derecho es respetado, la gente puede tener una razonable certeza previa relativa a las reglas y estándares por los cuales su conducta será juzgada y a las exigencias que ellos deberán satisfacer para dar validez jurídica a sus transacciones. Pueden entonces tener una razonable seguridad en sus expectativas hacia la conducta de otros, y en particular de aquellos que ocupan posiciones oficiales bajo el Derecho. Pueden cuestionar los actos estatales que afecten a sus intereses, exigiendo una justificación jurídica clara para la acción oficial, o la anulación de los actos no justificados a través de su revisión por una judicatura independiente. Esto es posible, se dice a menudo, siempre y cuando exista un sistema jurídico compuesto principalmente de reglas enunciadas con bastante claridad, que operen normalmente sólo de manera prospectiva, que estén expresadas en términos de categorías generales, no de órdenes particulares que señalen singularmente a individuos o pequeños grupos para una especial consideración. Las reglas deberían establecer exigencias de conducta realmente alcanzables, que formen en conjunto algún modelo coherente, y no un caos de exigencias en conflicto arbitrario⁴.

Mucha gente, y por supuesto yo entre ellos, encuentra atractiva tanto la tesis como la antítesis que acabo de establecer. Creo en la cualidad argumentativa del Derecho y la encuentro admirable en una sociedad abierta. Deberíamos fijarnos en todos los aspectos de todas las cuestiones importantes, no caigamos inmediatamente en el prejuicio o en la certeza aparente. Debemos oír cada argumento y celebrar, no deplorar, la cualidad argumentable que parece incorporada al Derecho. Pero también creo en el Estado de Derecho, y pienso que nuestra vida como humanos en comunidad con otros se enriquece en gran medida gracias a él. Sin él, no hay expectativas de realizar la dignidad de los seres humanos como participantes independientes, aunque interdependientes, en las actividades públicas y privadas de una sociedad. Este tipo de dignidad y la independencia-en-interdependencia son, a mi modo de ver, valores morales y humanos fundamentales.

¿Cómo es posible creer en ambas tesis? ¿Puede ser esto algo distinto de un mero deseo? Éstas son las cuestiones que se encuentran ante nosotros. ¿Podemos reconciliar el lugar común del carácter argumentable del Derecho con la ideología del Estado de Derecho?

³ Cfr. J. Raz, «The Rule of Law and its Virtue», en Raz, *The Authority of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1979), pp. 210-229.

⁴ La cita clásica para este tipo de descripción sigue siendo L. L. Fuller, *The Morality of Law* (New Haven, Conn.: Yale University Press, ed. revisada, 1969), cap. 2.

III. HACIA LA RECONCILIACIÓN

a) *Teorías retóricas*

La estrategia que aquí adoptaré para intentar reconciliar los lugares comunes en conflicto se basa en el reconocimiento de una limitación fundamental del proceso de argumentación jurídica. Se trata de la llamada «tesis del caso especial», sugerida por Robert Alexy⁵. Según esta tesis, la argumentación jurídica debe ser reconocida como un caso especial del razonamiento práctico general y debe, por tanto, conformarse a las condiciones de racionalidad y razonabilidad que se aplican a todos los tipos de razonamiento práctico. Esto implica, como mínimo, que no puede haber afirmaciones sin razones; cualquier afirmación puede ser cuestionada, y en tal caso, debe ofrecerse una razón a favor de lo que se afirma, bien se trate de la afirmación de alguna pretensión normativa o bien de algún estado de cosas, de alguna «cuestión de hecho».

Por ello, lo que aquí será analizado y defendido será una versión restringida del carácter argumentable del Derecho. El análisis se limitará a considerar qué es racionalmente argumentable. Decir esto implica distinguir entre el uso de las palabras como meras armas de coerción intelectual o engaño y su uso como instrumento de persuasión razonable, donde la coerción sólo aparece en el sentido de fuerza convincente de un argumento. Es este último, el argumento como justificación racional, el que aquí será analizado. Y la cuestión será si puede haber un «Estado de Derecho», si el «Derecho» es una cuestión de lo que es argumentable en este sentido. Quedará abierta una cuestión empírica acerca de sí, o hasta qué punto, los abogados y jueces de un Estado particular realmente limitan su práctica de la argumentación al ámbito de lo razonable prácticamente.

A pesar de la restricción a lo que es racionalmente argumentable, la idea del Derecho como argumentable nos lleva inmediatamente a tomar en cuenta el carácter retórico de la argumentación jurídica. Donde haya un proceso de argumentación pública allí habrá retórica. El moderno redescubrimiento de la retórica como disciplina es en gran medida deudor de la reflexión sobre el razonamiento jurídico. Theodor Viehweg, inspirándose en Aristóteles, ha prestado atención a la relevancia de los *topoi* o «lugares comunes» en los

⁵ Véase R. Alexy, *Theory of Legal Argumentation* (Oxford: Clarendon Press, 1989, trad. R. Adler y N. MacCormick), pp. 5-10, 212-220, 294-295, y cfr. N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1978, 2.ª ed., 1994), tratando sustancialmente la misma cuestión (pp. 272-274); la *Theorie der juristischen Argumentation* de Alexy fue publicada por primera vez en 1978, casi exactamente contemporánea a *Legal Reasoning and Legal Theory*, de modo que cada cual llegó prácticamente a las mismas tesis a partir de procesos de descubrimiento independientes.

argumentos retóricos⁶. Un argumento a favor de una regla o proposición particular puede apoyarse en algunos tópicos aceptados, y los argumentos progresan a través de su marcha hacia o desde tales posiciones de lugares comunes. En el Derecho existen máximas, principios y presunciones establecidas desde antiguo, tales como «se presume la inocencia de una persona hasta que no se demuestre su culpabilidad», «nadie puede dar un derecho mejor que el que tiene», «la ley posterior deroga a la ley anterior», etc. Del mismo modo, hay formas aceptadas de argumentos, tales como *argumentum a fortiori*, *argumentum a maiori ad minus*, *argumentum per analogiam*, etc. Un argumento así reconocido, que parte de o va hacia un *topos* reconocido, está especialmente diseñado para ser persuasivo en su propio contexto. La presente discusión parte ella misma de dos ideas que me parecen lugares comunes aceptados entre aquellos que reflexionamos, aunque sea esporádicamente, sobre el Derecho.

Usando un concepto no muy lejano del «lugar común», Duncan Kennedy sugiere que los argumentos de *Common Law* típicamente proceden de la alegación de razones estándares, de un tipo que frecuentemente puede encontrarse en parejas, de modo que un argumento jurídico persuasivo será un agregado de razones relativas a la situación de hecho en cuestión, pero puede construirse un contraargumento usando un conjunto de contraargumentos similarmente contextualizado en forma de equipos de razones⁷. James Palmer ha mostrado que esta idea puede explotarse aprovechando la tecnología de la información e inteligencia artificial como ayuda al proceso de razonamiento jurídico. Puede preverse que los sistemas expertos generarán una batería de razones relevantes para su alegación en relación con los problemas de determinados ámbitos del Derecho. Hasta ahora al menos no se ha sugerido que la evaluación de los argumentos en conflicto así contruidos podría o debería ser delegada a los ordenadores; más bien lo que se desea es asegurar que los jueces y abogados se encarguen de construir sus argumentos finales para defenderlos ante un tribunal o desplegarlos en justificación de una decisión a partir de un minucioso listado de argumentos disponibles, basados en la práctica anterior (precedente) y donde resulte apropiado en el Derecho legislado⁸. El presente argumento, tal y como ha sido planteado, presenta dos razones o *topoi* y los mantiene

⁶ Véase T. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz* (Munich: C. H. Beck, 5.ª ed., 1974), pp. 15-26; también «Some Considerations concerning Legal Reasoning», en G. Hughes (ed.) *Law, Reason and Justice: Essays in Legal Philosophy* (New York, 1969), pp. 257-269, esp. 266-268; aquí «*topoi*» es traducido por «puntos de vista»; véase también Alexy, *Argumentation*, pp. 21-24.

⁷ Véase D. Kennedy, *A Critique of Adjudication* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1997), pp. 137-156, y nótese otros autores y trabajos «CLS» citados en la p. 393. Como Kennedy reconoce, la idea fundamental se remonta aquí al menos a los primeros trabajos de Karl Llewellyn —véase, p. ej., Llewellyn, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice* (Chicago: Chicago University Press, 1962), pp. 70-71.

⁸ Véase J. Palmer, *Artificial Intelligence and Legal Merit Arguments* (Oxford: Oxford University D. Phil. Thesis, 1970), pp. 109-128.

en mutua oposición. La cuestión es hasta dónde podemos llegar a partir de esta aparente contradicción.

Ciertamente se deberían tener en mente las enseñanzas de Josef Esser acerca de las *Vorverständnisse*, las «precomprensiones», las presunciones asumidas por cualquier juicio acerca de lo que es aceptable en el marco de la argumentación jurídica y en la preferencia, en un caso particular, de un método de argumentación sobre otro. Una vez que las premisas y el modo de argumentar están establecidos, es relativamente fácil elaborar un argumento que justifique satisfactoriamente la conclusión obtenida. Pero el problema entonces se traslada a la elección razonable de las premisas y del método; por ello, deben examinarse las precomprensiones⁹. Aulis Aarnio ha sugerido que al final éstas pueden simplemente tener que ser evaluadas como la «forma de vida» que ellas constituyen¹⁰.

La *Nouvelle Rhétorique* de Chaim Perelman enfatiza que los argumentos se dirigen necesariamente a un auditorio y que la persuasividad es relativa al auditorio. Esto es especialmente obvio en la práctica jurídica, donde abogados experimentados exponen los casos ante los tribunales tan persuasivamente como pueden, y los jueces deciden después de sopesar los argumentos rivales sobre las cuestiones de Derecho. En los sistemas donde los jurados son los responsables de la determinación de los hechos o de las conclusiones jurídicas obtenidas a través de sus propias búsquedas de los hechos a la luz del Derecho, tal y como les explica el juez que les preside, el carácter retórico de la argumentación forense es todavía más destacado. Pero desde el punto de vista de la racionalidad práctica, la persuasividad inmediata y concreta de un argumento no equivale necesariamente a su corrección. Para una teoría del razonamiento como justificación lo importante no es que un argumento persuada de hecho a un juez o jurado particular, sino que debería convencer a cualquier agente racional. En este sentido Perelman postula un «auditorio universal», que es el que proporciona el test último: será correcto cualquier argumento que convenciera al auditorio de todas las personas inteligentes y responsables que evalúen las cuestiones de manera desinteresada¹¹.

Prácticamente contemporáneo al trabajo de Perelman sobre la retórica fue el de Toulmin sobre *The Uses of Argument*, en el que ofrece un modo de reducir el aparente vacío entre la pura racionalidad supuestamente intemporal de la lógica formal y el carácter contextual de la argumentación y persuasión retóricas. Toulmin propone una reinterpretación de la lógica tradicional como un tipo de ordenación normativa del proceso de pensamiento y de la presentación pública de las razones, un proceso que regula las «jugadas» de

⁹ J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1970), pp. 3-20.

¹⁰ A. Aarnio, *Rational as Reasonable*, pp. 213-218.

¹¹ Ch. Perelman y L. Olbrechts-Tyteca, *La Nouvelle Rhétorique* (Paris: Presses Universitaires de France, 1958), trad. J. Wilkinson y P. Weaver, *The New Rhetoric* (Notre Dame, Ind.: Notre Dame University Press, 1969), véase pp. 76-86 sobre el «auditorio universal».

los argumentos. Como un ticket que nos permite emprender un cierto viaje en tren o en avión, las formas apropiadas de un argumento suministran las garantías que nos permiten pasar desde las premisas a la conclusión. La validez del paso dependerá de la adecuación de la garantía alegada a su contexto¹².

El giro retórico en el análisis del razonamiento práctico es inservible para el propósito actual si (o hasta dónde) la aceptabilidad racional de un argumento se reduce a su persuasividad de hecho. Una de las cosas que hace que la retórica tenga mala fama es la notoria posibilidad de que un buen orador pueda ganarse al auditorio con un mal caso. Dar cuenta de esto aludiendo al auditorio universal o a algún supuesto consenso de los contemporáneos razonables parece una petición de principio, ya que, de hecho, encontramos lo que persuadiría al auditorio universal por referencia a lo que es correcto y no al contrario, y no tenemos garantía de que un consenso contemporáneo, si existiera, sería correcto. Aún más, las aproximaciones «críticas» al pensamiento jurídico instan a que la pretensión de corrección objetiva de las razones jurídicas es el mayor giro retórico posible.

Este punto de los «críticos» ya ha sido en parte señalado. A menudo puede construirse un conjunto de razones o «elementos de razonamiento» persuasivos que ofrezcan un firme soporte a la solución de un problema o controversia jurídica. Pero en cualquier situación controvertida, real o imaginaria, puede encontrarse un equipo de contra-razones o contra-elementos para cada una de ellas. Por ello, el problema no es defender correctamente un caso discutible a expensas de un caso manifiestamente más débil. Más bien se trata muy a menudo de una cuestión de elección entre dos casos fuertemente discutibles y defendibles, en una situación dialéctica en la cual cada argumento de cada una de las partes es firmemente rebatido por un buen argumento propuesto por la otra. De este modo, quizás sólo se pueda llegar a una decisión absolutamente justificada, haciendo referencia a consideraciones ideológicas extrañas al Derecho, y la razón justificatoria última será entonces la ideología y no el Derecho¹³. La breve discusión de Hans Kelsen sobre la interpretación en *La teoría pura del Derecho* señalaría en esta misma dirección¹⁴.

¹² S. E. Toulmin, *The Uses of Argument* (Cambridge: Cambridge University Press, 1958), pp. 95-145.

¹³ Véase J. Balkin, «The Crystalline Structure of Legal Thought», *Rutgers Law Rev.*, 39 (1986), 195; «Nested Oppositions», *Yale Law Journal*, 99 (1990), 1669; «Ideological Drift and the Struggle over Meaning», *Conn. Law Rev.*, 25 (1993), 369; cfr. Kennedy, *Adjudication*, pp. 133-138, y véase Peter Goodrich, *Reading the Law: a Critical Introduction to Legal Method and Techniques* (Oxford: Blackwell, 1986), pp. 213-223.

¹⁴ Véase H. Kelsen, *The Pure Theory of Law* (Berkeley y Los Ángeles: University of California Press, 1967, trad. M. Knight), pp. 251-254, sobre el carácter «político» de las decisiones interpretativas adoptadas en el marco del Derecho legislado.

b) *Teorías procedimentales*

Una aproximación procedimental al razonamiento práctico puede, sin embargo, suministrar una solución parcial a los problemas expuestos relacionados con la retórica. Existen distintas aproximaciones «procedimentales», pero todas ellas comparten el interés en la comprensión de las limitaciones del razonamiento práctico, que deben reconocerse para llegar a conclusiones razonablemente aceptables en un contexto interpersonal. Por ello, un punto de partida es precisamente el énfasis de los retóricos en el contexto interpersonal de la argumentación. Desde esta perspectiva, el concepto de universalidad tiene dos usos. En primer lugar, exige la universalización de las razones: para que el ejemplo presente de circunstancias C cuente como una razón para obtener la decisión D y actuar según D, tendría que ser aceptable adoptar una decisión de tipo D para cualquier ejemplo de C que se diera. En segundo lugar, sugiere un modo de comprobar si se justifica la afirmación de que D es adecuada cuando se da C. Esta razón universalizada será aplicable, por definición, a todos los ejemplos de C, no sólo al ejemplo individual del que nos ocupamos. Los intereses, sentimientos y opiniones de todos los seres humanos están entonces potencialmente en juego, y se podría preguntar si la fórmula «Si C, entonces D» podría ser rechazada por alguien que deseara que todos tuvieran la misma oportunidad de cuestionar los principios prácticos de decisión ¹⁵.

Tal y como argumentan Jürgen Habermas y sus seguidores, como Robert Alexy, las proposiciones prácticas pueden comprobarse mediante referencia, al menos en principio, a los intereses, sentimientos y opiniones de la totalidad de personas que, de algún modo, se ven afectadas por o se relacionan con ellas. La maniobra de Habermas consiste en proponer un test por referencia al diálogo en una «situación ideal de habla», concebida como aquella en la cual todas las formas de coerción, poder o dominación interpersonal son rechazadas para conseguir los propósitos de guiar (o imaginar la guía de) el discurso interpersonal. El análisis de las limitaciones necesarias en tal discurso provoca una aproximación procedimental para comprobar los tipos de principios que los participantes en el discurso racional aceptarían, reconociendo los tipos de deseos e intereses que de hecho tienen ¹⁶. Lo importante aquí es la idea de que los principios o lugares comunes (*topoi*) aceptados deberían ser «desafiados», pero son considerados aceptables hasta que sean exitosamente rebatidos; por ejemplo, sobre la base de que no pueden pasar el test de universalización, o sobre la base de que proceden de relaciones sociales de poder pasadas o presentes, que serían rechazadas en la situación ideal de habla ¹⁷.

¹⁵ Cfr. Alexy, *Argumentation*, pp. 65-69, 146-147, 267-277; MacCormick, *Legal Reasoning*, pp. 76-86.

¹⁶ Habermas, *The Legitimation Crisis* (London, 1976, trad. A. McCarthy), pp. 109-112; cfr. Alexy, *Argumentation*, pp. 111-137.

¹⁷ Véase Alexy, *Argumentation*, pp. 151-153, 204-205.

Una idea similar, pero más simple y por tanto más persuasiva, es la de T. M. Scanlon¹⁸, quien sugiere que una acción es incorrecta cuando cualquier principio que la permitiera pudiera ser, por esa razón, rechazado por alguien, incluso si se llevara a tal persona a encontrar principios para la regulación general de la conducta que otros, similarmente motivados, tampoco pudieran rechazar razonablemente¹⁹.

Es dudoso si tal aproximación procedimental elimina completamente el recurso a los sentimientos personales o a las intuiciones subjetivas. Hay que indagar, pues, las razones que nos conducirían a rechazar un cierto principio por nosotros mismos, y la cuestión tiene aún que enfrentarse a lo que para cualquiera es «razonable» rechazar, dados los sentimientos y preconcepciones con los que se va al juicio. El procedimiento de examinar procedimentalmente los argumentos no puede ser infinitamente regresivo. Pero seguramente es un mérito de tales aproximaciones procedimentales el posponer y limitar las llamadas a la intuición²⁰ y al instinto. Nos permitirían examinar las pretensiones acerca de lo que es razonable a la luz de las limitaciones reconocidas del discurso racional. Los principios de lugares comunes siguen siendo necesarios como puntos de partida, pero resultan rebatibles en la argumentación.

La racionalidad de la argumentación introduce otra limitación relevante. Aunque cualquier dilema práctico particular o tópico de interés pase a ser considerado en sus propios méritos y se someta a procedimientos como los que hemos considerado, debe recordarse que los universales (Si C, entonces D) de los que nos ocupamos no pueden ser concebidos como exigencias aisladas y puntuales. Somos nosotros los que decidimos considerarlos como parte de una vida social dinámica e interpersonalmente comprometida en la cual las decisiones y los dilemas tienen carácter recurrente. Esto se encuentra fuertemente relacionado con lo que razonablemente puede ser aceptado o rechazado en términos del meta-principio de Scanlon o de la situación ideal de habla de Habermas. Por eso, los propios principios y reglas de decisión y de conducta tienen que pertenecer a un sistema de pensamiento y compromiso práctico internamente consistente y caracterizado también por cierta coherencia glo-

¹⁸ Véase T. M. Scanlon, «Contractualism and Utilitarianism», en A. Sen y B. Williams (eds.), *Utilitarianism and Beyond* (Cambridge: Cambridge University Press, 1982), pp. 103-128, y *What We Owe to Each Other* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998). Dado que ningún acuerdo o contrato real está implícito en tal razonamiento, y que las obligaciones generadas por o bajo él no son de hecho de carácter contractual, me parece rechazable llamar a este tipo de análisis procedimental de los principios prácticos como «contractualista»; pero su valor como razonamiento no se ve afectado por el nombre que recibe. Cfr. MacCormick, «Justice as Impartiality: Assenting with Anti-contractualist Reservations», *Political Studies*, 44 (1996), pp. 305-310.

¹⁹ Citado por T. M. Scanlon, «Promises and Contracts», versión preliminar de un trabajo para *Philosophy and Contract Law* (en prensa, ed. P. Benson, Cambridge, Cambridge University Press).

²⁰ M. J. Detmold, *The Unity of Law and Morality* (London: Routledge, 1984), en las pp. 115-122 subraya correctamente el elemento de intuición en el juicio, pero deja demasiado abierto el marco para su ejercicio.

bal²¹. Esto implica, como mínimo, algunas pautas sobre la ordenación de la prioridad y procedimientos para determinar los pesos relativos de las razones prácticas para resolver conflictos *prima facie*.

Es útil recordar aquí el punto de partida del presente hilo de razonamiento, expresable en un puzzle sobre la aparente antinomia entre el Derecho como aquello que es argumentable y el Derecho como aquello que garantiza la seguridad y estabilidad en la vida social de un *Rechtsstaat*. Hasta ahora hemos considerado de manera un tanto abstracta la idea de un compromiso retórico en la práctica del Derecho y hasta qué punto un desarrollo procedimental o discurso-teorético de las ideas de la «nueva retórica» brindan la posibilidad de un esquema racional aceptable para la argumentación en el Derecho y en otros ámbitos prácticos.

En el contexto jurídico, sin embargo, la idea de coherencia recién mencionada tiene una particular y obvia relevancia²². En un razonamiento jurídico nadie empieza desde cero y elige desarrollar una conclusión razonable *a priori*. La solución ofrecida debe basarse en alguna proposición que pueda al menos presentarse con el cariz de una proposición jurídica, y tal proposición debe mostrarse coherente de alguna manera con el Derecho, tal y como éste esté determinado. Los argumentadores y decisores jurídicos no abordan los problemas de decisión y justificación en el vacío, sino en el contexto de una gran cantidad de material que sirve para guiar y justificar decisiones y para restringir el abanico en el cual las decisiones de los órganos públicos pueden ser legítimamente tomadas.

El material en cuestión comprende las constituciones, los tratados, las leyes de los parlamentos nacionales y las numerosísimas compilaciones de las decisiones de los tribunales de justicia reconocidas en algunos sistemas como «precedentes», en el sentido de «fuente formal de Derecho», y usados en prácticamente todos los sistemas jurídicos²³ al menos como un repertorio de guías disponibles para la interpretación de leyes, artículos constitucionales y otras disposiciones jurídicas formalmente vinculantes. Se incluyen también los tratados y otros trabajos académicos sobre el Derecho de reconocidos expertos jurídicos.

²¹ Véase A. Peczenik, *On Law and Reason* (Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishing, 1989).

²² Véase Kennedy, *Adjudication*, pp. 33-34; N. MacCormick, «Coherence in Legal Reasoning», en W. Krawietz y otros (ed.), *Theorie der Normen* (Berlín: Duncker & Humblot, 1984), pp. 37-53, y «Time, Narratives, and Law», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 64, *Time, Law, and Society*, J. Bjarup y M. Blegvad (eds.), pp. 111-125.

²³ Véase D. N. MacCormick & R. S. Summers, *Interpreting Precedents: A Comparative Study* (Aldershot: Dartmouth Publishing Co, 1997).

c) *Derechos*

Es usual decir que esta gran cantidad de material no es y no puede imaginarse como autointerpretable y autoaplicable. Desde la perspectiva del «Estado de Derecho» ideal debe entenderse como el material en bruto de un «sistema jurídico», organizado en conjuntos inteligibles de material relevante para asuntos humanos particulares en las ramas o ámbitos tradicionales del Derecho, tales como la propiedad, el contrato, el Derecho de familia, el Derecho penal o el Derecho administrativo²⁴. En el contexto de los Estados como asociaciones coercitivas de seres humanos, a los Estados y a aquellos seres humanos que desempeñan roles estatales se les confiere el poder para actuar autoritativamente frente a otros, y pueden respaldar sus disposiciones con decisiones que desplieguen el poder coactivo organizado. En este punto urge la exigencia de la justificabilidad racional de la acción del Estado para evitar que el Estado sea una mera máscara de la tiranía. De ahí que haya llegado a ser generalmente entendido como legítimo exigir que cualquier acto estatal se justifique en disposiciones explícitas que ordenen, permitan o autoricen decisiones en términos específicos (o que incluyan alguna discreción limitada sólo si se dan ciertas circunstancias nítidamente especificadas). Las disposiciones de este tipo, especialmente cuando son promulgadas específicamente por algún proceso legislativo, pero también cuando pueden derivarse en términos razonablemente definidos a partir de otros materiales, tales como los precedentes, son típicamente llamadas «reglas», en contraposición a otros tipos de normas, tales como las convenciones, los estándares, los valores o los principios²⁵.

Una regla jurídica es una disposición normativa establecida en, o construida a partir de, una fuente jurídica reconocida que vincula una determinada consecuencia normativa a unos determinados hechos operativos. Está en la naturaleza de una regla prever que cuando se dé una cierta situación de hecho se siga de ello una determinada consecuencia normativa: «Si HO, entonces CN».

En el núcleo de la idea liberal del Estado libre y en el núcleo de la distinción entre gobiernos libres y despóticos se encuentra la idea de que cuando los gobiernos actúan frente a los ciudadanos su acción debe ser justificable mediante una regla en este sentido del término, y esto también vale cuando el Estado, generalmente a través de los órganos judiciales, pretende regular o juzgar las pretensiones, reclamaciones y demandas interpuestas entre ciudadanos. El Estado de Derecho también exige aquí que haya alguna regla que justifique la demanda de una persona contra otra cuando la aplicación de la demanda

²⁴ Véase J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law* (Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic, 1992, ed. Z. Bankowski y N. MacCormick), pp. 75-85.

²⁵ Para una aclaración de estas distinciones véase N. MacCormick, «Norms, Institutions, and Institutional Facts», *Law and Philosophy*, 17 (1998).

genere una orden ejecutable contra el otro, por ejemplo, un resarcimiento por daños compensatorios o punitivos, o un interdicto.

Los códigos y las leyes de la época moderna, así como otros materiales, representan una respuesta institucional a la ideología²⁶ del «Estado de Derecho» como condición para la libertad. El Estado que gobierna a través del Derecho tiene cuidado en prever de antemano los textos de las reglas que justifican las intervenciones públicas en las vidas privadas, bien sean instadas por autoridades públicas o por litigantes privados. La seguridad para los individuos así garantizada consiste en el hecho de que la aplicación de las reglas exige evidentemente la previa existencia de hechos específicos que ejemplifiquen los hechos operativos «HO» genéricamente establecidos en las reglas relevantes. Así, por ejemplo, si una ley tutela a las personas que sufran discriminación «por razón de sexo», no podrá justificarse ninguna medida para implementar las consecuencias normativas previstas por la regla, a no ser que en un caso particular haya ocurrido algún acto de discriminación, haya tenido lugar en el contexto de una relación laboral y sea atribuible al sexo de la persona a la que se discrimina²⁷. O si una regla prevé la retirada del permiso de conducir, u otra sanción determinada discrecionalmente por el juez de entre un abanico de posibilidades, para quien conduzca un vehículo de motor bajo la influencia de más de una determinada proporción de alcohol en sangre, no podrá imponerse legítimamente ninguna sanción a nadie salvo que se justifique por su estado en la condición especificada y por haber «conducido» un «vehículo» en tal condición²⁸.

Si el Estado de Derecho debe ser realmente una protección contra la intervención arbitraria en la vida de la gente, parece claro que, en la práctica, no basta con exigir que los hechos operativos efectivamente ocurrieron o tuvieron lugar en alguna ocasión. Es necesario que se realice alguna específica y rebatible acusación o declaración de hechos relevantes sobre el individuo amenazado con la acción, y que dicha acusación o declaración se base en un procedimiento probatorio abierto, en el cual la parte acusada pueda refutar paso por paso las distintas pruebas en su efecto acumulativo y pueda ofrecer las contrapruebas que considere relevantes. Por otra parte, también debe ser posible cuestionar la relevancia de la acusación o demanda jurídica sobre la base de que cualesquiera que sean los hechos los materiales jurídicos que

²⁶ Por supuesto, en este contexto el término «ideología» no es usado en su sentido peyorativo. Cfr. Wróblewski, *Judicial Application*.

²⁷ Véase *Oncala vs. Sundowner Offshore Services Inc*, US Supreme Court N.º 96-568 (March 1998), donde la *Supreme Court* sostiene que el acoso al mismo sexo podría equivaler a una infracción de las previsiones antidiscriminatorias del Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964.

²⁸ Véase *State vs. Blower*, Utah, 1989, sobre si puede decirse que una persona que monta un caballo estando bebida está a cargo de un «vehículo»; J. Palmer, *Merit Arguments*, pp. 36-38, cita una fascinante cantidad de precedentes de varias jurisdicciones que ilustran la indeterminación del predicado «conducir» en el contexto de las determinaciones judiciales sobre el delito que cometen aquellos que «conducen» un vehículo de motor estando descalificados para hacerlo.

supuestamente justifican la afirmación de que una regla rige el caso en absoluto la justifican en la situación de hecho alegada o realmente probada.

Nos encontramos aquí en el terreno familiar de la relativa indeterminación del Derecho²⁹. Esta indeterminación es, de manera curiosa, magnificada por algunas consideraciones que conducen a la exigencia de un Derecho determinado. El carácter dialéctico o argumentativo de los procedimientos jurídicos es, pues, un rasgo incorporado a un marco constitucional en el cual los ciudadanos pueden cuestionar las alegaciones de hechos y de Derecho sobre las que se basan los órganos estatales para amenazar con intervenir, de oficio o a instancia de parte, coercitivamente en sus vidas o asuntos. Una parte vital de la garantía de la libertad en la concepción dominante del Estado de Derecho consiste en que debe darse a todas las personas la oportunidad de exponer tal refutación en términos claros y con la asistencia jurídica adecuada. E incluso la misma concepción dominante exige un Derecho relativamente claro y determinado en forma de reglas preanunciadas.

La indeterminación jurídica no es entonces sólo (aunque también lo sea) resultado del hecho de que los Estados comuniquen sus materiales jurídicos en lenguajes naturales («oficiales») y de que éstos se vean afectados por la ambigüedad, vaguedad y textura abierta³⁰. También resulta de, y es en alguna medida magnificado por, el debido reconocimiento a los «derechos de defensa» en cada fase del proceso penal o del litigio civil. Cada duda que pueda surgir contra la acusación o contra el demandante, referida a los hechos o al Derecho, puede ser utilizada por la defensa. Por otro lado, cuando parezca haber en juego una cuestión relevante de justicia o de orden público la acusación o el demandante tendrán razones para buscar en los materiales jurídicos alguna disposición que, bajo alguna interpretación razonablemente defendible, justifique la acción civil o la acusación penal entablada en el presente caso. Y entonces la defensa rebatirá de nuevo lo que caracteriza como una lectura forzada o ilegítima del Derecho, teniendo en cuenta cómo los tribunales, abogados y ciudadanos la habían previamente entendido y actuado conforme a ello.

De este modo surgen conflictos sobre la interpretación adecuada de los materiales jurídicos, sobre la extracción adecuada de inferencias a partir de las pruebas, sobre la evaluación de las pruebas en conflicto, sobre la calificación adecuada de los hechos probados o acordados o sobre su relevancia para los materiales jurídicos alegados³¹. Estos conflictos no son ningún tipo de excrecencia patológica en un sistema que, de otro modo, funcionaría tranquilamente.

²⁹ Véase S. J. Burton, *An Introduction to Law and Legal Reasoning* (Boston/Toronto: Little Brown & Co, 2.ª ed., 1995), pp. 27-28, 54-58, 77-85.

³⁰ Cfr. H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 2.ª ed., 1994), cap. 7, y cfr. B. Bix, *Law, Language and Legal Determinacy* (Oxford: Clarendon Press, 1993), pp. 7-35; MacCormick, «On Open Texture in Law», en P. Amselek y N. MacCormick (eds.), *Controversies about Law's Ontology* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991), pp. 72-84.

³¹ Cfr. MacCormick, *Legal Reasoning*, pp. 65-72.

Son un elemento integral de un orden jurídico que trabaja según el ideal del Estado de Derecho, hasta el punto de insistir en la elaboración por los Estados de una apropiada justificación jurídica para todo lo que hagan, paralela al derecho de los individuos a rebatir la justificación elaborada por el Estado.

Esto nos conduce a una conclusión obvia. Aunque sea posible formular reglas con una fórmula verbalmente clara, «Si HO, entonces CN», cualquier caso discutible puede ser rebatido de alguna o algunas de las siguientes maneras:

1. Ningún supuesto de «HO» de los alegados por la acusación o la demanda ha sido probado (según el estándar probatorio exigido), tomando en cuenta todas las pruebas relevantes y admisibles, incluyendo cualquier refutación de alguna prueba alegada por la defensa (podemos llamar a esto «problema de prueba»).

2. Lo que ha sido alegado, sea o no probado, no es propiamente caracterizado como un caso de «HO» en el sentido propio para el Derecho (podemos llamarle «problema de caracterización» o de «clasificación» o de «calificación»).

3. El caso tal y como ha sido presentado depende de una lectura de la regla aceptada «Si HO, entonces CN», acorde a una determinada interpretación de «HO» o de «CN» o de ambas. Pero se trata de una mala interpretación, y existe de hecho una interpretación jurídicamente más aceptable, según la cual la defensa debería ser absuelta de la acusación o demanda que se dirige contra ella (podemos llamarle «problema de interpretación»).

4. El éxito de la demanda o acusación depende de si se considera que los materiales jurídicos autoritativos generan una regla, «Si HO, entonces CN», tal que las alegaciones de culpa penal o de responsabilidad civil resulten relevantes dados los hechos alegados, o incluso probados, pero tal norma no puede ser adecuadamente entendida de ese modo a partir de los materiales aducidos, bien como una concreción razonable de los mismos o como una determinación a partir de ellos. (Podemos llamarle «problema de relevancia».)

Podemos ahora pasar a la conclusión. Hemos visto cómo los procesos jurídicos se despliegan a lo largo de una cadena de certezas putativas que resultan rebatibles en cada punto. No puede llevarse a cabo ninguna demanda o acusación sin una mención adecuada de la justificación jurídica que la respalda y sin dar cuenta de las alegaciones de hechos en virtud de las cuales se afirma que el Derecho justifica la conclusión propuesta (por la acusación o por el demandante). Ésta posee la completa certeza lógica que resulta inherente a la forma silogística³². Hay una regla «Si HO, entonces CN», citada por la acusación o el demandante en sus escritos, donde también se alega que los

³² Para una visión opuesta cfr. B. S. Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence* (Liverpool: Deborah Charles, 1988), pp. 37-60; en respuesta a la cual véase N. MacCormick, «Notes on Narrativity and the Normative Syllogism», *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/11 (1991), pp. 163-174; «Legal Deduction, Legal Predicates, and Expert Systems», *International Journal for the Semiotics of Law*, V/14 (1992), pp. 181-202, y «A Deductivist Rejoinder to a Semiotic Critique», *International Journal for the Semiotics of Law*, V/14 (1992), pp. 215-224.

HO han ocurrido en un caso concreto en el tiempo especificado, de modo que involucran materialmente al acusado o demandado. Por eso la consecuencia normativa relevante CN debería ser ejecutada tal y como se exige. Éste es el silogismo jurídico estándar³³, incluido de varias maneras en la acusación penal o demanda civil y en la sentencia.

Pero la conclusión es sólo buena en la medida en que lo sean las premisas, y éstas pueden ser problematizadas. Se puede rebatir la prueba, la calificación, la interpretación o la relevancia (una, algunas o todas ellas). Pero la idea del Estado de Derecho que aquí ha sido sugerida insiste en el derecho de la defensa a cuestionar y refutar la argumentación presentada contra ella. No hay seguridad contra un Estado arbitrario sin que tales cuestionamientos sean libremente permitidos y sujetos a aplicación por órganos del Estado separados y distintos de aquellos órganos que acusan. En la litigación de Derecho privado aparece una exigencia similar en la necesidad de una visible imparcialidad del juez.

Después de escuchar las pruebas y las argumentaciones el tribunal debe decidir. Al decidir las cuestiones surgidas en los problemas de calificación, de interpretación o de relevancia el tribunal puede considerar necesario y adecuado desarrollar una nueva comprensión del Derecho, establecer un nuevo precedente, que puede confirmar o modificar comprensiones previas. Al final, o bien el caso es rechazado por inconcluyente, siendo absuelto el demandado, o bien el tribunal adopta algún fallo que se justifique a la luz del Derecho, tal y como ha sido precisado en la resolución de los problemas expuestos. Y entonces hay, en efecto, un silogismo concluyente. Pero es en todo caso raramente idéntico al silogismo inicial. Es una nueva certeza derrotable que ha surgido de la exposición de los problemas sobre la vieja certeza derrotable y de su resolución por argumentos racionales³⁴. Desde la confrontación del carácter argumentable del Derecho llegamos hasta la reafirmación de una nueva certeza putativa después de admitir y de ocuparnos de las dudas sobre lo antiguo.

Al fin y al cabo, debe reconocerse que la originaria representación del Estado de Derecho como antítesis del carácter argumentable del Derecho se equivocaba en el énfasis que ponía en la certeza del Derecho. Por más cuidado que los legisladores, los *drafters*, o los jueces que plasman sus opiniones inten-

³³ Cfr. Kennedy, *Adjudication*, pp. 101-104; Burton, *Introduction*, pp. 43-58.

³⁴ Sobre la derrotabilidad véase H. L. A. Hart, «The adscription of Responsibility and Rights», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49 (1948-1949), pp. 171-194, del cual se retracta Hart en *Punishment and Responsibility* (Oxford: Clarendon Press, 1968), Prefacio; véase también G. P. Baker, «Defeasibility and Meaning», en *Law, Morality and Society*, ed. P. M. S. Hacker y J. Raz (Oxford: Clarendon Press, 1977), pp. 26-57. Cfr. N. MacCormick, «Law as Institutional Fact», *Edinburgh University Inaugural Lecture No 52*, 1983; *Law Quarterly Review*, 90 (1974), pp. 102-129; ahora en N. MacCormick y O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, D. Reidel Publishing Co, 1986, cap. 2, ahora sustituido por MacCormick, «Defeasibility in Law and Logical», en Z. Bankowski e I. White, *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning* (Dordrecht: Kluwer Academic, 1995), pp. 99-117.

tando establecer una *ratio* con carácter ejemplificante pongan en los materiales de las fuentes del Derecho, las afirmaciones de Derecho que éstos establezcan como justificaciones para la acción estatal, dirigida a justificar un derecho público o privado, serán siempre derrotables y a veces derrotadas al ser rebatidas por la defensa. La certeza del Derecho es, por tanto, certeza derrotable. Pero esto no es, después de todo, algo que contraste con el carácter argumentable del Derecho, sino algo que aclara una razón subyacente a dicho carácter. Se trata de una concepción de los derechos de la defensa construida en la ideología del Estado de Derecho, en su calidad de protector contra la acción arbitraria de los Estados.

Para concluir podemos entonces confiar en que la retórica del presente trabajo, partiendo de una aparente oposición de ideas, expresadas en dos lugares comunes o razones en conflicto, triunfe en su intento de reconciliarlos, desenmarañando su situación real en el contexto jurídico. Si el Estado de Derecho se toma como ideal aislado, existe el riesgo de no comprenderlo adecuadamente. En ese caso quizás se acentúen sus aspectos más estáticos, centrados en la certeza y seguridad jurídicas de las expectativas jurídicas. Pero también tiene un aspecto dinámico, centrado en los derechos de la defensa y en la importancia de permitir que todo lo que sea argumentable sea argumentado siempre que la defensa —o la acusación— desee examinar un argumento jurídico razonable. En este aspecto dinámico el carácter argumentable del Derecho no es la antítesis del Estado de Derecho, sino uno de sus componentes.

LECTURA 3

Tomada de: Juan Antonio García Amado, "La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias", disponible en <www2.scjn.gob.mx/investigaciones-jurisprudenciales/seminarios/2o-seminario-jurisprudencia/doctrinarios/teoria-de-argumentacion-juridica-logros-y-carencias.pdf>, página consultada el 30 de junio de 2010.

LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: LOGROS Y CARENCIAS.

Juan Antonio García Amado
Universidad de León (España)

Las doctrinas que se acogen al rótulo genérico de teoría de la argumentación jurídica constituyen, pese a su relativa diversidad, el mejor ejemplo de lo que dentro de la teoría y filosofía del derecho actuales se puede considerar un modelo teórico de gran éxito y enorme eco. Algunos dirían que se trata de un nuevo “paradigma” y otros, quizá, de una simple moda pasajera. Es posible trazar su evolución, desde la labor precursora que a partir de la década de los cincuenta comienzan autores como Perelman, Viehweg o Recaséns¹, pasando por el hito cuasi-fundacional que representa la publicación en 1978 de la *Teoría de la argumentación jurídica* de Robert Alexy y siguiendo con toda la elaboración posterior a la que contribuyen autores como MacCormick, Aarnio, Peczenick, Atienza², etc. El tiempo pasado ya y lo mucho escrito hacen sentir la necesidad de un balance objetivo que enseñe qué aportaciones reales se han hecho desde estas doctrinas y qué utilidad real nos ofrecen a día de hoy.

No se pretende en estas páginas realizar un tal balance propiamente dicho, sólo señalar lo que de avance han significado las teorías de la argumentación jurídica y lo que podrían ser aún sus carencias, al tiempo que apuntamos muy elementalmente alguna vía para superar éstas.

1. La teoría de la argumentación jurídica: logros y cuestiones abiertas.

A menudo puede dar la impresión de que los teóricos de la argumentación jurídica hubieran descubierto un continente inexplorado, un nuevo campo de estudio, cual si descubrieran temas en los que anteriormente no se hubiera reparado. Sin embargo, sería engañoso creerlo así. Baste pensar en la honda tradición que posee la teoría del razonamiento jurídico, que no es algo tan distinto. Opino más bien que la aportación de la teoría de la argumentación jurídica ha consistido, por un lado, en hallar fructíferas vías medias para muchas de las artificiosas y engañosas dicotomías en que se movía la teoría de la aplicación del derecho y, por otro lado, en sentar un nuevo modelo de racionalidad con la que medir críticamente las decisiones jurídicas, modelo que, sin embargo, y pese a las apariencias y la ingente cantidad de papel, no ha alcanzado aún una elaboración suficientemente precisa como para servir de instrumento analítico y crítico de esas decisiones. Veamos esto por partes y brevemente.

1.1. Dicotomías que se superan.

1.1.1. A la lógica lo que es de la lógica.

Una de las discusiones más desenfocadas que ha padecido la teoría del derecho del siglo XX versa sobre el papel de la lógica en el derecho, y en particular sobre su alcance y función en el razonamiento jurídico. El péndulo se ha movido permanentemente entre el extremo de pensar que la lógica podía ser garantía única y cierta de racionalidad de la decisión jurídica y de incontaminada pureza del razonamiento que lleva a ella, y el extremo de creer que la materia práctica con que el jurista opera nada tiene que ver con el frío

¹ Véase al respecto, J.A. García Amado, *Teorías de la tópic jurídica*, Madrid, Civitas, 1988; “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1986, pp. 151ss; “Retórica, argumentación y derecho”, en *Isegoría*, 21, 1999, pp. 131ss.

² Tres importantes exposiciones de conjunto son las de M. Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986; y E.T. Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Dordrecht, Kluwer, 1999.

formalismo lógico. Y fueron gruesos malentendidos sobre el concepto y las funciones mismas de la lógica los que alimentaron tanto confucionismo. Esos malentendidos tienen una génesis histórica no difícil de identificar. El equívoco proviene de que quienes en el siglo XIX mantenían el carácter puramente lógico de las operaciones de aplicación del derecho manejaban una idea de la lógica que no se corresponde con la noción de lógica formal que se impone en el siglo siguiente. Pero el pensamiento jurídico reaccionó contra aquel logicismo negando también la utilidad práctica de la nueva lógica formal. Los que en el siglo XIX defendían el carácter puramente “lógico” de la aplicación del derecho pensaban en una lógica bien alejada de los postulados, explicaciones y limitaciones que asume la lógica formal moderna, y ningún tratadista riguroso de las aplicaciones de la lógica formal al razonamiento jurídico defendió nunca que la lógica agotara los elementos de dicho razonamiento y fuera suficiente para determinar sus contenidos. ¿Cómo se explica, pues, el gran equívoco?

La razón está, al menos en parte, en la confusión que en el pensamiento jurídico se ha dado entre lógica formal y formalismo metodológico. Las doctrinas metodológicas de la aplicación del derecho dominantes en el siglo XIX, la Jurisprudencia de Conceptos, en Alemania, y la Escuela de la Exégesis, en Francia, mantenían posturas formalistas ingenuas, consistentes, como es bien sabido, en sostener que el juez se limitaba a realizar asépticos silogismos, meras subunciones, con lo que en su labor no quedaba lugar legítimo para ningún género de valoración ni de creación de derecho. Pero ese formalismo debía tal condición no tanto a la lógica³, que por lo demás era, como máximo y en el mejor de los casos, una muy elemental silogística aristotélica, cuanto a una muy particular concepción del sistema jurídico, conforme a la cual éste era completo -sin lagunas-, coherente -sin antinomias- y claro -sin apenas dudas interpretativas o con vías seguras para hallar la interpretación verdadera para cualquier norma-. Esto, unido a una muy simplista e ingenua teoría acerca del conocimiento de los hechos, permitía creer que el juez podía en todo caso encontrar predeterminados y claros todos los elementos de su razonamiento, la premisa mayor y la menor del silogismo que culminaba en el fallo como mera conclusión “lógica”. Dicho de otro modo, no es que la lógica resolviera los problemas de la aplicación del derecho o suplantara las valoraciones del juez, sino que tales valoraciones se habían excluido de antemano al concebir el sistema jurídico y sus normas del modo que hemos dicho, por lo que la aplicación del derecho era vista como aproblemática, como perfectamente determinada por el sistema, y no por la lógica, que simplemente era la herramienta que permitía extraer las decisiones a partir de ese sistema. La confusión derivó probablemente del hecho de que a menudo al sistema mismo se le atribuía una estructura y perfección “lógicas”. Pero con ello no se estaba indicando nada rigurosamente parangonable a lo que se podría llamar posteriormente una estructura axiomática, sino estableciendo, especialmente en el caso de la Jurisprudencia de Conceptos, una jerarquización material u ontológica entre las instituciones y sus respectivos conceptos, según la cual los conceptos más generales abarcaban o incluían en sí materialmente los conceptos menos generales. Y el contenido necesario de tales instituciones y correlativos conceptos se afirmaba no con necesidad “lógica”, sino ontológica, y obvio es desde hace tiempo que tal ontologismo nada tiene que ver con la lógica formal y sus rendimientos⁴. El método en cuestión no es propiamente lógico, la lógica tiene una labor

³ El muy detallado estudio de Ogorek ha mostrado bien a las claras que raramente cuando se hablaba de “lógica” se hacía referencia realmente a la lógica y que la imagen del juez como autómatas que no realiza sino silogismos bien simples sólo se difundió verdaderamente, en la Alemania del XIX, en la teoría del Estado, interesada en una determinada configuración de los poderes, pero no así en la teoría de la interpretación o de las fuentes. Cfr. K. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt M., V. Klostermann, 1986.

⁴ Ya Radbruch puntualizó en su momento que la lógica moderna no opera con conceptos, sino con proposiciones, y que a partir de conceptos no se puede deducir nada, sólo a partir de proposiciones

puramente auxiliar o derivada, sino que es el método histórico-natural, conforme al cual las relaciones entre las normas jurídicas, y entre los conceptos que están en su base, no se asimilan a relaciones propiamente lógicas, sino a relaciones entre cuerpos que al unirse forman nuevos cuerpos. La tan manida subsunción significa que un hecho encaja bajo la predeterminación de un concepto en un plano ontológico ideal, que el hecho es una manifestación fáctica de un modelo ideal que se corresponde con un concepto. El supuesto logicismo termina por ser un ontologismo, y éste sería el “punto nuclear” de la Jurisprudencia de Conceptos: “la deducción de la existencia a partir de la esencia, de la realidad a partir de la posibilidad, del ser a partir de los meros conceptos⁵”. Nada más *lejos de la moderna lógica formal y sus postulados⁶.

Lo curioso del caso es que la crítica al formalismo metodológico del XIX erró el tiro y acabó ensañándose con quien menos culpa tenía, la lógica. Toda la cantinela, tan repetida hasta hoy mismo, de que el derecho no es aséptica deducción sino vida, atención a las necesidades humanas y sociales, fenómeno histórico y no frío dato, etc., todas estas trivialidades y obviedades acabaron creando una falaz y radical contraposición entre aplicación del derecho y lógica formal, como si el juez que razona para fallar un caso tuviera que desprenderse de las reglas del razonamiento correcto, o como si acoger tales reglas de la lógica equivaliera a convertirlo en un monstruo insensible. De la indiscutible constatación de que la lógica no es todo, la forma y la materia del razonamiento, se pasó sin solución de continuidad a sostener con pretendida seriedad que la lógica no pinta nada. Se erró el tiro porque del muy justificado ataque al conceptualismo ontologista, que era contra lo que verdaderamente luchaban los primeros críticos de la Jurisprudencia de Conceptos, como el segundo Jhering, los representantes de la Escuela de Derecho Libre, Heck, etc., quedó sólo un forzado antilogicismo, lo que sirvió para que la teoría del derecho, y especialmente la

(G.Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1967 -edición de A.Kaufmann-, pp. 35-36). Sobre el mencionado confusionismo son también aclaratorias las observaciones de Heinz Wagner: “La Jurisprudencia de Conceptos cree tener con el concepto también todas las proposiciones jurídicas; concepto y proposición jurídica le parecen inescindiblemente unidos de una vez por todas en la causalidad científico-natural. En un fenómeno subsumido bajo un concepto está el caso solucionado” (H.Wagner, *Die Vorstellung der Eigenständigkeit in der Rechtswissenschaft*, Berlín, Duncker & Humblot, 1967, p. 30); o las de Bucher, quien se refiere a la confusión de planos entre el aspecto científico-conceptual y el lógico: “que a partir de conceptos, que han sido formados por la ciencia para la presentación del material jurídico, se extraigan ulteriormente conclusiones relativas a contenidos jurídicos, es, desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, objetivamente inviable. Por un lado, la formación científica de conceptos es libre, es decir, se pueden formar conceptos de contenido arbitrariamente definido; por otro lado, de los conceptos no puede extraerse más contenido con sentido que aquel que en su formación se les ha atribuido” (E.Bucher, “Was ist «Begriffsjurisprudenz?»”, en W.Krawietz -ed.-, *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976, p. 363).

⁵ Arthur Kaufmann, “Analogie und «Natur der Sache». Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus”, en A.Kaufmann, *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, Frankfurt M., Athenäum, 1972, p. 284.

⁶ Como ha mostrado Fiedler, la época del racionalismo, en la cual se desarrollaron las ideas básicas acerca de la codificación y de la aplicación del derecho como mero silogismo, se corresponde con un periodo de escasa pureza metódica de la lógica. Y cuanto más estricta sea la concepción de la lógica que se maneje, tanto más difícil resultará presentar la aplicación del derecho como pura deducción (vid. H.Fiedler, “Die Rechtsfindung aus dem Gesetz im Lichte der neueren Logik und Methodenlehre”, en *Festschrift für Ulrich Klug zum 70.Geburtstag*, vol. I, Colonia, Peter Deubner, 1983, pp. 59-60). De ahí que en la Jurisprudencia de Conceptos no se dé en realidad un tratamiento lógico de la problemática de la aplicación del derecho, entendiendo la lógica en su sentido actual. De la lógica se daría solamente la apariencia. Como apunta el mismo Fiedler, “las construcciones de la Jurisprudencia de Conceptos no aparecen en modo alguno determinadas por ningún tipo de legalidades lógicas, sino que son, más bien, expresión de una (mal entendida) admiración por el antiguo método científico-natural” (H.Fiedler, “Zur logischen Konzeption der Rechtsfindung aus dem Gesetz und ihren historischen Bedingungen”, en *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozessrecht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig*, Berlín, etc., Springer, 1978, pp. 133-134).

dogmática jurídica, siguiera y siga anclada en un ontologismo que pretende conocer de “naturalezas jurídicas” y de contenidos conceptualmente necesarios de las instituciones, sin más anclaje filosófico que una burda metafísica que haría sonrojarse a cualquier pensador mínimamente serio. Y por pensar así unos y otros, teóricos del derecho enemigos de la lógica y dogmáticos a la violeta, se tienen por fundadamente antiformalistas.

Con el paso del siglo XIX al XX los críticos del formalismo metodológico anterior mostraron del modo más contundente que el sistema jurídico no poseía, ni podía poseer, los caracteres de perfección que el anterior formalismo le atribuía y que ya hemos mencionado. Y que, por tanto, ninguna lógica se bastaba para, sin más auxilio, determinar plenamente las decisiones del juez. Si se pone de relieve, como se puso, que el sistema está lleno de lagunas, que abundan las antinomias y, sobre todo, que la interpretación siempre es necesaria porque los significados posibles de cada norma pueden ser diversos en cada momento y ante cada caso, no se está atacando a la lógica, sino a la idea del sistema que permitía pensar que el juez no necesitaba más que las reglas de la lógica para dictar su fallo. Sin embargo, se tomó la parte por el todo y se acabó insistiendo, más tarde, en que la lógica no tenía nada que decir en el razonamiento judicial o en su control.

Buena parte de la responsabilidad por esos excesos la tienen algunos autores que figuran entre los precursores más destacados de la teoría de la argumentación jurídica, como Viehweg o Perelman. Pero en realidad luchaban contra molinos de viento, pues a la altura en la que escribían ningún teórico serio del derecho sostenía que la lógica determinase la decisión judicial en su integridad, y ni siquiera que tal cosa pudiera concebirse porque el sistema fuera tan claro, coherente y pleno como antaño se quiso creer. Cuando estos autores insistieron en que la dificultad de la aplicación del derecho no radica en extraer el fallo a modo de conclusión lógica a partir de las premisas sentadas, sino en dotar de contenido a estas premisas, la normativa y la fáctica, no estaban diciendo nada que entonces fuera ya radicalmente original. Su aportación como precursores de la teoría de la argumentación va por otro lado, sin duda. Incurrieron, ellos también, en el error de pensar que si la lógica no determina, de nada vale. Tal postura no es sino la expresión de la frustración de un pensamiento jurídico que pierde sus viejas -y ficticias- seguridades y que reacciona culpando a quien no puede dar todo lo que se le había exigido, la lógica. Se concentraron en demostrar que la discusión en la que se establecen las premisas normativa y fáctica del razonamiento judicial tiene un carácter tópico o retórico, pero no insistieron suficientemente en que, si se quiere que dicho razonamiento judicial sea mínimamente racional, ha de ser formalmente correcto, lógicamente correcto el modo en que el fallo se extraiga de las premisas así sentadas; y menos aún repararon en que también ese razonamiento que se lleva a cabo al tratar de fundamentar las respectivas premisas no puede renunciar a la corrección formal, independientemente de dónde busque sus contenidos⁷.

La actual teoría de la argumentación jurídica sí ha sabido, de modo casi unánime, romper esa dicotomía entre materia y forma del razonamiento jurídico, entre control material y control formal de su racionalidad. Es ya un lugar común en estas doctrinas apoyarse en la distinción, que estableciera Wróblewski, entre justificación interna y justificación externa de la decisión jurídica, entendiéndose que la justificación interna tiene que ver con la corrección formal del razonamiento decisorio y la justificación externa con la justificación -esta vez no formal, obviamente- de los contenidos materiales de las premisas del mismo. De ese modo se ha superado, esperemos que definitivamente, esa especie de maniqueísmo teórico entre

⁷ Como claramente expone Soeteman, la validez no formal no sólo es dependiente de la aceptabilidad de las premisas implícitas, sino también de su validez formal (vid. A. Soeteman, *Logic in Law*, Dordrecht, Kluwer, 1989, p. 18). Y añade que todo argumento está abierto a un análisis formal, del mismo modo que puede ser sometido también a un análisis no formal, discutiendo la aceptabilidad de sus premisas, por todo lo cual “lógica formal y lógica no formal se complementan y se necesitan mutuamente, no son competidoras” (*ibid.*, p. 20).

supuestos defensores de la determinación lógica de los contenidos de la decisión e ingenuos y desorientados propugnadores de empatías, intuiciones o percepciones al margen de la lógica.

Pero, en aras de la justicia, interesa destacar que a ese punto de equilibrio no se ha llegado sólo desde las huestes argumentativas, sino que es patrimonio común también con quienes cultivan y desarrollan la lógica jurídica y tratan de maximizar la aplicación del pensamiento lógico-formal al razonamiento jurídico. Sirvan a título de ejemplos, si bien de envergadura, Soeteman o Koch y Rüssmann. Soeteman, después de exponer pormenorizadamente el verdadero papel de la lógica en el razonamiento jurídico y de explicar que su función de parámetro de corrección formal del mismo es insoslayable, recalca con insistencia que tal función nada tiene que ver con la elección de las premisas de dicho razonamiento. Esto último requiere puntos de vista normativos. Si se quiere que la elección de las premisas (y esos puntos de vista materiales que las guían) no sea arbitraria se ha de ofrecer justificaciones que no son competencia de la lógica. Ese es el campo de la justificación externa, el campo de la argumentación, y lo único en que la lógica puede ayudar es en detectar cuándo las premisas explicitadas son o no suficientes para sostener formalmente la conclusión⁸. Muy ilustrativo es también el caso de Koch y Rüssmann, dos de los autores que han realizado un esfuerzo más sólido para fundamentar, con los instrumentos de la lógica formal, la estructura constitutivamente deductiva del razonamiento jurídico. Concluyen que dicha estructura no elimina de ningún modo el problema de la elección de las premisas, por lo que, si se busca que la misma sea admisible, se ha de entrar en consideraciones normativas y desarrollar reglas de la decisión racional⁹. Y acaban mostrando sus simpatías con los planteamientos que a ese respecto proponen las teorías consensualistas de la justicia, tan emparentadas con la teoría de la argumentación¹⁰.

Vemos como el acercamiento se ha producido desde los dos bandos, pues tanto los cultivadores de la teoría de la argumentación aceptan el papel importante de la lógica, como los “lógicos” reconocen el legítimo e inevitable lugar que queda a la argumentación.

En suma, lo mismo desde la lógica jurídica que desde la teoría de la argumentación se asume de modo cada vez más pacífico que el razonamiento jurídico decisorio tiene una estructura deductiva, o que así debe ser si se pretende racionalidad, y que tal cosa no quiere en absoluto decir que el juez no haga más que deducciones¹¹. Simplemente se quiere expresar algo que cualquier tribunal de casación afirma constantemente: que si el fallo no es congruente con la consecuencia que se establece en la norma seleccionada e interpretada o con los hechos que se han considerado probados, dicho fallo es inadmisibles. ¿Y por qué iba a ser inadmisibles si no es por vulnerar una regla lógica, por no seguirse, deducirse, de las premisas? Y más aún, es la lógica y no otra cosa lo que ayudará a detectar aquel fallo que no se siga de premisas suficientes o suficientemente explicitadas. Mucho crítico de la relevancia

⁸ Soeteman, *op.cit.*, pp. 241ss. La decisión será racional (o “razonable”, como dice Soeteman) cuando el juez justifica suficientemente sus elecciones y, además, cuando es posible justificar el fallo como consecuencia deductiva de las premisas que resultan de aquellas elecciones (*ibid.*, p. 258).

⁹ H.-J. Koch, H. Rüssmann, *Juristische Begründungslehre*, München, Beck, 1982, pp. 348ss.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 363ss.

¹¹ Como claramente indican Alchourrón y Bulygin, mostrando en esto su acuerdo con MacCormick, “El razonamiento jurídico que pretende mostrar que una decisión o una pretensión están justificadas de acuerdo al derecho vigente es esencialmente deductivo o, por lo menos, puede ser reconstruido como una inferencia lógica en la que, sobre la base de dos tipos de premisas, normativas y fácticas, se llega a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas son aplicables a un caso particular”. Y añaden que “aunque sea verdad que para establecer las premisas del argumento uno debe recurrir a veces a interpretaciones, decisiones y valoraciones, el razonamiento, es decir, el paso que conduce de las premisas a la conclusión, es -o más bien puede ser reconstruido como- una inferencia deductiva” (C.E. Alchourrón, E. Bulygin, “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en, C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 303 y 304).

(modesta, pero existente) de la lógica para el razonamiento jurídico es como aquel personaje de Molière que descubre que usa la gramática sin saber que la sabía.

1.1.2. A la razón lo que es de la razón. ¿Pero qué razón?

Otra importante dicotomía que las teorías de la argumentación jurídica en buena medida superan es la que se da, en materia de razón práctica aplicada a la decisión jurídica, entre irracionalistas y los que podríamos llamar, si se permite la expresión, racionalistas elementales.

Como ya se indicó anteriormente, hoy nadie discutiría con seriedad que la aplicación del derecho que lleva a cabo el juez está determinada en sus contenidos por una amplia serie de valoraciones, de opciones decisorias de las que la decisión final o fallo depende enteramente. El juez elige la norma aplicable al caso, la interpreta de un modo u otro, opta por aplicar la consecuencia jurídica respectiva en un grado u otro, selecciona los hechos relevantes del caso, los considera probados o no, etc.¹². En cada uno de esos pasos el juez valora, con mayor o menor margen de libertad según las circunstancias, pero valora siempre. Por tanto, el fallo es el resultado (que además ha de ser lógicamente correcto, pero una cosa no quita la otra en absoluto) de esa larga cadena de razonamientos valorativos. Y la cuestión es: ¿existen parámetros mínimamente objetivos con los que medir la racionalidad de tales juicios de valor, de tales valoraciones? Si no hay tales parámetros objetivos, de la corrección o incorrección de un fallo judicial podremos tener opinión personal, en función de nuestras respectivas creencias, prejuicios, intereses, etc., pero nunca fundamento objetivo para nuestro juicio. En cambio, si tales parámetros existen sí será posible pretender para el juicio sobre la corrección o incorrección de la decisión judicial una al menos mínima objetividad.

Los dos polos teóricos a este respecto son bien conocidos. Por un lado irían las doctrinas irracionalistas¹³, propias de quienes son escépticos en materia de razón práctica y sostienen que todo juicio de valor carece de cualquier posible contenido de verdad, es mera opinión, pura subjetividad, simple manifestación de la personalidad o los intereses del que lo emite, que podrá perseguir con su juicio determinar el comportamiento ajeno, dar salida a sus emociones o configurar el mundo a su medida. Es el modo de ver de un positivismo filosófico que, en manifestaciones diversas y con diferencias importantes, ha tenido en el pensamiento jurídico tan ilustres representantes como Kelsen, los realistas escandinavos o los realistas americanos, por mencionar sólo a los que ya son clásicos.

En el otro polo de la escala se ubica toda una amalgama de autores que mantienen que sí cabe un acceso a la verdad o la justicia en materia decisoria y que sí existen, por tanto, referencias fiables para que el juez pueda conocer qué decisión es la correcta para cada caso. Obviamente ahí se sitúa gran parte de la tradición iusnaturalista, con su confianza en que en nuestra misma naturaleza está grabado (a veces a fuego) un patrón de justicia que es posible conocer a cualquiera que simplemente quiera de buena fe ser congruente con su propia naturaleza y la de sus congéneres. Y eso cuando no se parte, sin más, de elevar a norma jurídica suprema, de modo confeso o soterrado, los patrones normativos de una determinada fe religiosa. Poco hay que añadir a tanta crítica como ya se ha vertido sobre este pensamiento jurídico que condena al juez o teórico no “creyente” a la condición de ciego e ignorante (además de pecador), sin explicarnos el misterio de que lo que es de naturaleza común no sea por igual conocido por todos, ni siquiera por todos los que profesan la fe iusnaturalista. Pero también estarían en este polo autores que, sin adscribirse a un iusnaturalismo propiamente

¹² La más completa y sistemática exposición de todos esos pasos, del tipo de razonamiento que suponen y de los problemas que plantean puede verse en J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, Kluwer, 1992 (edición de Z. Bankowski y N. MacCormick), pp. 75ss.

¹³ Usamos esta expresión de modo similar a como lo hace R. Dreier, “Irrationalismus in der Rechtswissenschaft”, en *Rechtstheorie*, Beiheft 8, 1985, pp. 179ss.

dicho, confían en la posibilidad de un conocimiento objetivo de los valores, ya sea por la vía de la intuición o de la reflexión. E igualmente quienes se remiten a la virtud de la “prudencia” para confiar en que el juez está habilitado por su oficio para acertar a hallar la justicia del caso concreto y restablecer el equilibrio que cada circunstancia exige, con lo que su subjetividad no es arbitrio libre, sino sensibilidad que lleva a la verdad y la justicia del caso, ya sea a imitación de Salomón o del pretor romano.

Pues bien, las teorías de la argumentación actuales se sitúan mayoritariamente en un terreno intermedio entre estos dos polos. Su punto de partida es el intento de superar el escepticismo irracionalista, pero se detienen antes de llegar a afirmar una teoría material de los valores, unos contenidos objetivos de justicia que, en su validez material, operen como referente de la racionalidad de las decisiones prácticas, y en particular de las del juez. Y su propuesta es una teoría de la racionalidad práctica que se puede sintetizar en las notas de carácter dialógico, consensualista y procedimental, lo que se traduce en la tesis de que una decisión valorativa será racional no en función de sus contenidos materiales, sino en función de cómo se hayan sentado dichos contenidos, sean cuales sean. Veamos muy sucintamente aquellas tres notas.

Las teorías de la argumentación jurídica parten, y en esto el gran precursor fue Perelman, de que el criterio de lo justo o lo bueno no se puede encontrar mediante la mera reflexión individual, en el diálogo del sujeto con su conciencia moral, sino por la vía del debate intersubjetivo, del intercambio de puntos de vista, de argumentos, de razones, entre los sujetos. El diálogo intersubjetivo constituye el único camino para la construcción de tales patrones de la correcta decisión práctica. De ahí el carácter dialógico de estas doctrinas. Sin argumentación no habría racionalidad posible en estos ámbitos. El fin que da sentido y razón de ser a ese diálogo es la búsqueda de un acuerdo sobre la cuestión práctica en disputa, y la solución correcta que se busca será precisamente aquella que acabe gozando de consenso. Ahora bien, no cualquier consenso intersubjetivo puede elevarse a pauta de lo correcto, pues es obvio que el acuerdo puede ser también resultado de la manipulación, la coacción, la desinformación, etc. De ahí que el consenso que cuenta sea el consenso racional, y éste será el que se alcance en un proceso argumentativo, dialógico, regido por ciertas reglas que aseguren la mayor medida posible de equilibrio argumentativo entre las partes: que todos los argumentantes reales o potenciales tengan igual derecho a alegar sus argumentos, que los argumentos de todos merezcan la misma consideración y respeto, que ningún argumentante se halle en situación de menor libertad argumentativa y que ninguno sea objeto de coacción o manipulación. Aquí se deja ver el carácter procedimental de estas teorías, ya que ese acuerdo en el que cifran la racionalidad práctica sólo será válido a tal fin cuando se haya alcanzado de conformidad con esas reglas argumentativas, que son reglas procesales, que establecen el cómo del intercambio argumentativo, las reglas formales a las que ha de someterse. Cualquier cosa que con respeto a esas reglas se acuerde será racionalmente válida y, por tanto, esta idea de la racionalidad práctica no es material, no predetermina contenido, sino puramente procesal.

Las que podemos llamar doctrinas standard de la argumentación jurídica se diferencian de modo importante según el tipo de fundamento que otorguen a las reglas de la argumentación racional. Están desde quienes, como Alexy, las dotan de un fundamento de tipo universalista, en estrecha sintonía con la ética discursiva de Habermas, hasta quienes, como Aarnio, no pretenden establecer reglas de racionalidad universalmente válidas, sino válidas y justificadas sólo en un determinado horizonte cultural y a tenor de los presupuestos y asunciones del mismo, en un determinado mundo de la vida. Pero en todo caso se está propugnando un parámetro de racionalidad que se considera fundamentado para el razonamiento jurídico práctico aquí y ahora, como mínimo.

Y en razón de esa importante coincidencia queda sentado también otro elemento relevante, como es la convicción de que el razonamiento práctico-jurídico se realiza siempre sobre un trasfondo de normas práctico-morales, en el seno de una determinada ética vivida colectivamente, con independencia de que se piense que quepa o no someter dicho trasfondo valorativo de todo razonamiento práctico al test de una racionalidad universal. Por esta vía se torna atacable cualquier pretensión de presentar el razonamiento jurídico como independiente y desvinculado de toda referencia social y cultural y se fundamenta también la inevitable historicidad de sus contenidos.

La visión de la racionalidad jurídica que brevemente acabamos de reflejar ha provisto de un sólido fundamento a una idea que se encuentra muy fuertemente extendida en el pensamiento jurídico actual sobre estas materias, la idea de que el elemento clave de la decisión jurídica racional no es el qué, su contenido en sí mismo considerado, sino el cómo se justifique mediante razones. Traducido al juicio de racionalidad de la decisión judicial, esto significa que se presume irracional la sentencia cuyo fallo no se halle suficientemente motivado, justificado mediante los oportunos argumentos normativos, valorativos y fácticos. El derecho ha dejado de ser contemplado como una realidad en sí misma racional y cuya racionalidad se expande a la solución de los casos, por intermedio del juez. Por muy perfecto que sea un sistema jurídico, nunca va a ser alcanzable aquel ideal de coherencia, plenitud y determinación en que confiaba el formalismo metodológico, y por esa razón la labor de decisión judicial ya no es equiparable a una labor de puro conocimiento objetivo, sino que encaja de lleno en el ámbito de la razón práctica, pues se trata de valorar y optar entre cursos de acción alternativos. Por eso el centro de la mirada va a dirigirse al modo como dichas opciones se motiven, se argumenten.

Es más, si lo que importa para el juicio de racionalidad son los argumentos expresos, las motivaciones, pierden importancia a estos efectos los motivos del juez. No importa cuál sea el motivo personal que lleve al juez a tomar una determinada postura, sino la manera como esa postura aparezca justificada hacia el correspondiente auditorio social, lo cual, por lo demás y a diferencia de los datos psicológicos de los motivos, es el único elemento cognoscible con certeza. De ahí que sea habitual en los teóricos de la argumentación jurídica la puntualización de que sus análisis no se ubican en el contexto de descubrimiento, sino en el de justificación. Gran parte del irracionalismo metodológico pierde así su mejor apoyatura¹⁴.

1.2. ¿Qué racionalidad y qué argumentación para el juez?

Las lecturas de la mayor parte de las obras principales de teoría de la argumentación jurídica, con la de Alexy a la cabeza, deja una cierta sensación de perplejidad, derivada de lo siguiente. El centro de su preocupación es, como llevamos dicho, la racionalidad de la decisión jurídica, y paradigmáticamente de la decisión judicial. Sin embargo, si nos preguntamos por la utilidad práctica y real para el trabajo del juez, si planteamos cómo debería proceder un juez que quisiera respetar y aplicar las reglas de la argumentación racional, algunas dudas parecen inevitables. Ciertamente estas teorías podrían tener una gran utilidad para fundamentar las reglas del derecho procesal propias del derecho moderno y, en particular, del Estado de Derecho. Es fácil ver un proceso judicial como un debate entre al menos dos partes, partes que argumentan ante un tercero imparcial y que lo hacen bajo unas normas (de derecho procesal) que quieren garantizar ese equilibrio e igualdad que la teoría de

¹⁴ Véase M. Atienza, *Las razones del Derecho*, cit., pp. 22ss. Para un planteamiento crítico sobre el sentido de aplicar a la decisión judicial el esquema de contexto de descubrimiento y contexto de justificación puede verse T. Mazzaresse, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Turin, Giappichelli, 1996, pp. 105ss., especialmente pp. 135ss.

la argumentación propugna¹⁵. Lo curioso, sin embargo, es preguntarse por el modo como puede ser argumentativamente correcta, racional en este sentido, la sentencia de ese tercero que es el juez, más allá de la mencionada exigencia de que ha de esforzarse en dar de sus opciones las más y las mejores razones. Reparemos en que el consensualismo del que participan los teóricos de la argumentación indica que una norma o mandato será racional cuando pueda alcanzar, bajo ciertas circunstancias ideales, o al menos favorables, el consenso de todos los interesados. Si la sentencia es una norma o mandato, resulta bastante quimérico pensar que tenga que ser la culminación consensual de un conflicto que ha llegado a hacer necesaria la sentencia precisamente por la ausencia de acuerdo. Y si creemos que la razón por la que el juez ha de argumentar de modo tan exigente es para persuadir a las partes de que acepten la sentencia sin recurrirla o a los tribunales superiores para que no la casen, el asunto se nos desliza por el terreno de la retórica y de prácticas de difícil encaje en los parámetros de la racionalidad, pues ahí habría que hablar más de eficacia de la argumentación judicial que de su racionalidad. Y más desenfocado aún parece que se le esté implícitamente exigiendo al juez que realice encuestas de opinión o que lleve a cabo en solitario el experimento mental de preguntarse qué acordarían todos los miembros de la sociedad como resolución justa del conflicto. Máxime cuando el principio de legalidad impide que la solución se busque en términos de pura justicia, ya que han de respetarse los límites que impone la legalidad establecida. En suma y en términos más simples, la pregunta sería qué debe hacer un juez que quiera ser respetuoso con las pautas de racionalidad marcadas por la teoría de la argumentación (y que quiera ser considerado también con el sistema de normas jurídicas), además, por supuesto, de argumentar con honestidad.

La conciencia de este problema ha provocado uno de los más interesantes debates actuales entre los teóricos de la argumentación jurídica, llevando a posturas contrapuestas a autores que hasta no hace mucho compartían los puntos de vista, como pueda ser el caso de Alexy y Habermas.

Los planteamientos de Alexy han sido fuertemente cuestionados por Klaus Günther y Habermas como insuficientes para dar cuenta de la índole de la labor judicial. Tratemos de resumir su postura. La construcción teórica de Alexy sería muy adecuada como respuesta al problema de la racionalidad de la decisión legislativa. Proyectadas sobre la actividad del legislador, las reglas de la argumentación racional de Alexy ofrecerían un buen criterio para determinar cuándo la decisión legislativa es legítima y racional, por constituir el resultado de un proceso discursivo abierto a la participación general, respetuoso con los derechos argumentativos de todos y reflejo de un acuerdo que, en razón de la imparcialidad que las reglas del discurso garantizan y las constituciones democráticas institucionalizan, es manifestación de un interés general, expresado precisamente en la norma general que el legislativo dicta. Por tanto, la teoría de la argumentación de Alexy serviría para responder a la cuestión de la racionalidad y legitimidad de la norma legal. Estaríamos ante lo que Günther y Habermas llaman el discurso de fundamentación de las normas. La norma que emana de una adecuada actividad discursiva sería la norma racionalmente válida.

Pero al juez las normas válidas le vienen dadas por el sistema en que se inserta. Y si dicho sistema es el del Estado de Derecho, regido por una Constitución que institucionaliza los procedimientos democráticos y demás cauces aseguradores de los derechos personales, procesales y participativos de los ciudadanos, el juez no está legitimado para cuestionar los contenidos de tales normas y tiene, como los ciudadanos, un deber racional de obediencia a esas normas legítimas. ¿Significa esto que se vuelve a un modelo de juez automática que ni valora ni crea derecho? Nada más lejos de la realidad. El juez es quien da sus perfiles precisos a las normas legales, traduciéndolas de generales y abstractas a normas aplicables a

¹⁵ Cfr. G. Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, trad. de M. Jiménez Redondo, p. 307.

los casos. Pero los problemas no se los plantean las normas en sí mismas (siempre y cuando, repetimos, que se trate de normas legítimas, avaladas por un discurso de fundamentación racional), sino lo que, en términos clásicos, es la subsunción del caso bajo la norma. Las normas generales y abstractas que el legislador crea no pueden ser sino bocetos de la regulación efectiva de los particulares conflictos, el legislador no puede prever una solución precisa para cada particular caso con sus especiales detalles. Y de ahí que la esencia del trabajo judicial consista en determinar si un caso particular, con esos sus concretos perfiles, encaja o no bajo una norma u otra y qué concretas consecuencias se pueden extraer para el caso de la norma que se estime aplicable. Por tanto, la argumentación del juez, su discurso que se quiera racional, no versará sobre la norma en sí misma y su valor o aptitud en general, sino sobre la *adecuación* (*Angemessenheit*), en terminología que Günther toma de Dworkin, para resolver un caso. Y esto quiere decir que el centro de las consideraciones se hallará en los pormenores y circunstancias del caso. No estaríamos, por tanto, ante el discurso de fundamentación de normas, sino ante el *discurso de aplicación*. Es la búsqueda de la justicia del caso concreto la que guía el trabajo del juez que quiera decidir racionalmente, si bien esa búsqueda no opera al margen o en contra de las normas legales, sino perfilándolas y precisándolas desde el caso¹⁶.

Esa compatibilidad entre discurso de aplicación y búsqueda de la solución adecuada o justa par el caso concreto, por un lado, y respeto a los mandatos del legislador legítimo, por otro, la consideran Günther y Habermas posible sobre la base de su idea de las normas jurídicas legales. Que las normas legales sólo puedan aludir a casos genéricos que constituyen su supuesto, supone que el legislador no tiene la posibilidad de determinar qué casos concretos encajan y cuáles no bajo esa genericidad del supuesto. Esa es la tarea del juez. Y al decidir el encaje de cada supuesto bajo una norma u otra el juez está añadiendo, por así decir, un trazo a la norma, la está precisando, ciertamente para y desde un caso concreto, pero con un propósito de mantener idéntico criterio para cualquier caso futuro igual¹⁷. En resumidas cuentas, el centro de la argumentación en que consiste el discurso de aplicación que el juez lleva a cabo ha de situarse en la justificación de su valoración de las circunstancias y detalles del caso y, a partir de ahí, proyectarse en la selección de la norma y su interpretación. No se tratará ya de convencer a un auditorio de que se aplica una buena norma (a la norma legítima la bondad se le presupone), sino de que se aplica y se aplica del mejor modo la norma que hace mejor justicia al caso¹⁸.

¹⁶ En palabras de Günther, “el establecimiento de normas jurídicas debe estar institucionalizado en un procedimiento que se corresponda con las reglas del discurso práctico, de modo que puedan hacerse valer los intereses de cada uno. La aplicación de normas debe estar institucionalizada en procesos que posibiliten la toma en consideración de todas las especiales notas de una situación” (K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1988, p. 337). Más detalladamente: “Para la fundamentación sólo es relevante la norma misma, independientemente de su aplicación en una situación concreta. Se trata de si es del interés de todos que cada uno siga la regla. El que una norma acoja o no los intereses comunes de todos no depende de su misma aplicación, sino de las razones que podamos aportar respecto de que todos deberían seguirla como regla. Para la aplicación, en cambio, lo relevante es la particular situación, independientemente de si también es del interés de todos un seguimiento general. Se trata de *si y cómo* debería seguirse una regla en una situación y a la vista de todas las especiales circunstancias. En la aplicación la pretensión de la norma de ser seguida por todos en cada situación (es decir, como una regla), debe contemplarse desde la concreta situación y confrontarse con todas las peculiaridades de esa especial situación. El tema no es la validez de la norma para cada uno y sus intereses, sino la adecuación respecto de todas las peculiaridades de una situación particular” (*ibid.*, pp. 55-56).

¹⁷ El juez que resolviera de modo divergente y sin justificación adecuada casos idénticos estaría obrando arbitrariamente, irracionalmente, mostrando que sus razones no se pretendían universalizables. Véase al respecto, K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, cit., pp. 65ss.

¹⁸ Una curiosa y sorprendente secuela de estos planteamientos es que en el ordenamiento jurídico dejarían de tener existencia real las antinomias. Cuando a un mismo caso le son *prima facie* aplicables dos normas que llevan a consecuencias jurídicas contradictorias el juez estaría ante un caso más de la necesidad de seleccionar

Esta doctrina nos conduce a una cierta insatisfacción por lo inconcreta. Parece certero su diagnóstico de la insuficiencia de las propuestas de Alexy para el juez, pero deja abiertas tantas o más dudas. Por mucho que se diga que el discurso del juez tiene su especificidad propia y por mucho que el centro de gravedad se traslade de la argumentación sobre las normas a la argumentación sobre el caso, lo cual suena cuando menos admisible, subsiste la duda acerca de con qué criterios podemos, si es que se sigue pensando que se puede, medir la racionalidad de las valoraciones y argumentos del juez sobre el caso, más allá de ese tan simple y elemental mandato de que el juez se esmere en hacer explícitas sus apreciaciones y valoraciones. En la propuesta de Alexy hay muchas reglas, pero que se aplican con dificultad a la decisión judicial. En Günther y Habermas hay una más precisa descripción de las peculiaridades de esas decisiones, pero se echan de menos las reglas¹⁹. Y el hecho de que el inspirador de Günther y Habermas sea Dworkin no es precisamente tranquilizador para quien busque una teoría articulada, coherente y practicable de la decisión judicial.

Alexy ha respondido a estos cuestionamientos. Su réplica podemos resumirla del siguiente modo. En primer lugar explica, sobre la base del mismo ejemplo manejado por Günther, que cuando dos normas colisionan, por ser aplicables al mismo caso con consecuencias contrapuestas, y a la luz de la concreta situación se declara aplicable una sola, lo que se está haciendo es añadir una excepción al enunciado general de la norma no aplicable²⁰. Con ello la norma inicialmente fundamentada en el discurso de aplicación se habría modificado y, por tanto, si se pretende válida es necesario un nuevo discurso de fundamentación, no bastando el de aplicación, es decir, la pura consideración para el caso concreto²¹. En segundo lugar, no sería cierto que, como dice Günther, en el discurso de fundamentación se manejen sólo casos genéricos o típicos, pues los argumentantes en ese discurso, que es el legislativo, poseen el saber que les da la experiencia y la posibilidad de imaginarse todo tipo de casos. Sí sería verdad que siempre pueden surgir situaciones imprevistas e imprevisibles cuando la norma se creó, pero si la respuesta que la nueva situación exige es una modificación de la norma, el discurso de fundamentación se haría

la norma aplicable, y las peculiaridades del caso lo llevarían a elegir la que mejor se adecue a él. Pero con eso no estaría realmente optando por dos normas igualmente aplicables, sino tomando la única que realmente se le aplica racionalmente y, con ello, deshaciendo la aparente antinomia al añadirle a una de las normas el correspondiente matiz, precisión o excepción que el legislador, por las razones que ya hemos mencionado, no pudo apuntar por razón de la inevitable abstracción de sus términos. Como dice Günther, “en cada situación hay varias normas válidas aplicables prima facie, pero sólo una norma adecuada” (K.Günter, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, en *Doxa*, 17-18, 1995, p. 285).

En relación con esto se sitúa también la acogida que Habermas y Günther dan a la tesis de la única respuesta correcta. Sobre todo ello véase K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, cit., pp. 299ss; G.Habermas, *Facticidad y validez*, cit., pp. 287ss.

Para observar estos planteamientos a la luz de un ejemplo es muy útil consultar el trabajo de K.Günter, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, cit., pp. 279ss.

¹⁹ Para Günther y Habermas las reglas discursivas llevan en el discurso de aplicación a la necesidad de ponderación conjunta e imparcial de normas, por un lado, y de las circunstancias de la situación, por otro, con reglas tales como que no puede dejar de ser tomada en consideración ninguna norma que pueda venir al caso, o que tiene la carga de la argumentación quien proponga una aplicación nueva y distinta de una norma. Tales reglas tendrían la finalidad de garantizar la imparcialidad en el discurso aplicativo.

²⁰ Esto es, si una norma dice que si se da *h* se debe hacer *x* y otra norma dice que si se da *j* se debe hacer *y*, se dan simultáneamente *h* y *j* y *x* e *y* son incompatibles, y se decide a la luz del caso que predomina la obligación de hacer *y*, esto equivaldría a reformular la norma primera del siguiente modo: si se da *h* se debe hacer *x*, salvo que se da *j*.

²¹ R. Alexy, “Normbegründung und Normanwendung”, en R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1995, pp. 63ss.

inevitable y no basta limitarse a un discurso de aplicación que atienda a la justicia sólo para el caso²².

Esta réplica de Alexy suena convincente frente a la sospecha de casuismo que nos asalta ante la otra postura, pero deja abierta nuevas y aún más importantes dudas, pues cabe de inmediato preguntarse cómo se desarrollaría o, más aún, cómo se podría institucionalizar un tal discurso de fundamentación, que tendría que ser llevado al cabo por el juez que precisa o reemplaza la norma que ha perdido su fundamento ante las nuevas circunstancias. Alexy tiene razón cuando señala que la idea del discurso de aplicación, que impone tomar en consideración todos los puntos de vista y circunstancias, es “vacía”, pues no señala cuáles serían esos puntos de vista merecedores de consideración, y además es equívoca, pues puede servir de tapadera para una praxis decisoria no universalista, es decir, puramente casuística, por lo que concluye que el concepto de “adecuación” es “demasiado indeterminado para poder solucionar el problema de la decisión jurídica racional”²³. Ahora bien, esa misma objeción se puede volver contra el propio Alexy, pues igualmente podemos preguntarnos qué pautas rigen el discurso racional del juez, máxime cuando tiene que llevar a cabo un discurso de fundamentación. La salida de Alexy consiste en reiterar su tesis de que el discurso jurídico de aplicación del derecho es un “caso especial” del discurso práctico general²⁴, donde rigen las reglas de racionalidad de éste, unidas a especiales reglas que operan en la praxis jurídica y obligan a dar primacía a determinados argumentos institucionales. Pero la pregunta queda en pié: ¿cómo puede hacer eso el juez?

2. Hacia una más completa y precisa teoría de la argumentación jurídica.

Hasta aquí hemos querido presentar un balance, necesariamente superficial e incompleto, de lo que son algunos logros de la teoría de la argumentación jurídica, y también de sus carencias en cuanto teoría de la decisión judicial racional. La teoría de la argumentación jurídica cobra su mayor altura y profundidad en lo que podríamos llamar la dimensión filosófica general de la razón práctica, pero adolece de graves imprecisiones y de escaso desarrollo como instrumento de análisis de las decisiones judiciales concretas. El ideal que siempre está en el trasfondo es el de lograr una teoría normativa de la argumentación judicial que posea riqueza analítica y conceptual suficiente, por un lado, y pautas suficientemente claras, por otro, como para servir de instrumento verdaderamente útil para el análisis crítico de las sentencias judiciales. En mi opinión, la discusión de los fundamentos, sin duda imprescindible, ha acabado por bloquear la construcción de semejante instrumental analítico y crítico. La conclusión que ahora, para terminar, podríamos sacar es, en lo positivo, que ha realizado aportaciones de mérito en el plano de los fundamentos generales, superando esquemas simplistas y contraposiciones artificiosas. Pero en el debe parece inevitable aludir a su aún escasa utilidad analítica y práctica. Con esto queremos decir que es todavía muy escaso el instrumental que desde esta corriente se ha elaborado para que se pueda, con él, proceder a una descripción rigurosa de los requisitos argumentativos de los distintos métodos o argumentos que en las sentencias judiciales se utilizan²⁵. En otros términos, la teoría de la

²² “La norma que a la vista de un caso se precisa, se cambia o se crea como nueva debe ser susceptible de justificación en un discurso de fundamentación, y la norma que se rechaza debe poder acreditarse como no fundamentada” (*ibid.*, p. 69).

²³ R. Alexy, “Jürgen Habermas’ Theorie des juristischen Diskurses”, en R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, cit., p. 171.

²⁴ Vid. *Ibid.*, pp. 172ss.

²⁵ Esta carencia se dejaba ya sentir en la obra primera de Alexy. Véase R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, pp. 226ss. Entre las aportaciones más importantes sobre este particular, si bien con planteamiento predominantemente descriptivo de la praxis judicial, puede verse D.N. McCormick, R.S. Summers (eds.),

argumentación, sin renunciar a su concepto de racionalidad, debería dar el paso hacia una teoría de los argumentos.

No se debe desconocer que ha habido avances interesantes, aunque fragmentarios, que contribuyen a poner las bases para ese análisis que propugnamos. Pensemos en los siguientes:

- Se ha conseguido desterrar de la mejor teoría el esquema simplista del llamado silogismo judicial. Que el razonamiento decisorio, en su explicitación, ha de tener y tiene, si se quiere racional, una estructura deductiva, no significa que se pueda operar con un esquema elemental de dos premisas. El proceso argumentativo y de razonamiento es mucho más complejo. Tanto la premisa normativa como fáctica son, a su vez, el resultado de sendos (sub)razonamientos que se estructuran también de modo deductivo o, en ocasiones, inductivo²⁶. Esto es especialmente relevante, además, cuando la clave de la racionalidad se pone en la justificación de las valoraciones y sus correspondientes elecciones, pues significa que sólo si se parte de un esquema suficientemente complejo y realista del razonamiento decisorio y sus etapas se tendrá el criterio para poder determinar en qué pasos y afirmaciones se ha de ser especialmente exigente en la justificación argumentativa.

- En esa misma línea, se han sugerido valiosos esquemas para representar e ilustrar el modo en que los argumentos se encadenan en el razonamiento judicial, instrumentos que permiten detectar con mayor facilidad las fallas o deficiencias que puedan existir en tales encadenamientos y constatar también del modo más gráfico los puntos en los cuales el juez toma partido por una u otra línea argumental. Traducir el análisis de sentencias a tales esquemas resulta un ejercicio sumamente clarificador y ayuda a hacerse cargo de la complejidad del proceso²⁷.

- En el tratamiento de los diversos métodos o argumentos que el juez utiliza para interpretar o integrar la ley se está consiguiendo salir del pseudo-tecnicismo con que estas cuestiones venían siendo tratadas por la metodología jurídica y que hacía pensar que se hablaba de técnicas asépticas e indiscutibles, como caídas del cielo o de una razón jurídica universal que nació con los romanos y no ha cesado de mostrarse. A ese propósito son fundamentales cosas tales como la constatación de que detrás de cada método o argumento consolidado entre los juristas existe un sustrato valorativo²⁸, un fundamento en ciertos valores a los que cada método sirve, de modo que la recta utilización de cada uno supone tomar conciencia de ese su trasfondo axiológico. Esto lleva a superar aquel pseudo-tecnicismo, por cuanto que pone de relieve que las opciones metodológicas nunca son “inocentes” y que no se correlacionan solamente, como tantas veces se ha dicho con acierto, con una determinada concepción del derecho, sino también con ideologías jurídico-políticas diversas. La discusión, por ejemplo, entre partidarios de la letra o del “espíritu” de la ley, por mencionar un ejemplo de los más simples, es en el fondo una discusión con muy profundas implicaciones políticas y de modelo de Estado²⁹.

- También va quedando claro que al hablar de los referidos “métodos” no se está usando una noción teórica neutra, sino que se puede entender por tales cosas bien distintas y

Interpreting Statutes, Aldershot, etc., 1991; F.J. Ezquiaga Ganuzas, *La argumentación en la Justicia Constitucional Española*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1987.

²⁶ Como dicen Koch y Rüssmann, “todas las premisas necesitan, a su vez, una justificación y ésta ha de desarrollarse en los correspondientes subrazonamientos (*Nebenschemata*)” (*op.cit.*, p. 118).

²⁷ Piénsese, como ejemplo de esto, en las aportaciones de Manuel Atienza. Véase M. Atienza, *Las razones del derecho*, cit., pp. 235ss; *Derecho y argumentación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 69ss. Desde otra perspectiva, interesante también, J.C. Hage, *Reasoning with Rules*, Dordrecht, Kluwer, 1997, especialmente pp. 78ss.

²⁸ Véase, por ejemplo, R. Alexy, “Juristische Interpretation”, en R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, cit., pp. 84ss.; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Turín, Giappichelli, 1999, pp. 494ss.

²⁹ Sobre esto último, cfr. C. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, Milán, Giuffrè, 1990, pp. 275ss.

que con ello se hace una radiografía diversa de lo que su uso significa y de las exigencias que ha de satisfacer el juez que los utiliza. Para la metodología jurídica de orientación más tradicional, los métodos que en la práctica jurídica se emplean (pensemos, como ejemplo más fácil, en los métodos o “cánones” de la interpretación) son algo similar a instrucciones técnicas o instrucciones de uso, de modo que cuando se siguen esas instrucciones conducen sin más a un resultado correcto y objetivo. En el polo opuesto se sitúan las corrientes irracionalistas, que no ven en tales métodos y cánones otra cosa que artificios retóricos con los que el juez encubre sus verdaderos motivos y las razones que no puede ni quiere confesar. También aquí se detecta un cierto punto medio en los teóricos de la argumentación. Los métodos en cuestión no serían ni una cosa ni otra de las dos mencionadas, serían *argumentos* consolidados en la práctica, generalmente admitidos y utilizados, que se justifican por su correspondiente sustrato valorativo. Ese sustrato y la práctica de su uso impedirían que cualquier método pueda emplearse de cualquier manera o para cualquier cosa, además de que explicarían por qué unos métodos se entienden admisibles y otros se considerarían de todo punto rechazables. Pero tampoco la utilización de uno de esos métodos acreditados es, sin más, garantía de solución correcta e indubitada. Esos métodos son argumentos que, recta y coherentemente utilizados, conducen a soluciones admisibles o correctas *prima facie*. Esto quiere decir varias cosas. En primer lugar, que no basta echar mano de un método determinado de los que se admiten, sino que es necesario argumentar también por qué la preferencia por ese método y no por otro de los que, también admitidos, pudieran llevar a una solución distinta. La utilización pertinente de un método conlleva una presunción favorable en cuanto a la corrección de la correspondiente decisión, pero no una garantía total de ausencia de arbitrariedad o de deficiente justificación. Y, en segundo lugar, utilizar racionalmente uno de esos métodos o argumentos implica argumentarlo, acreditar argumentativamente cada uno de los pasos, de modo que nunca puede bastar su mera mención, su simple invocación.

¿Cómo debería abordarse la teoría de los argumentos jurídicos que echamos en falta? Aquí sólo podemos hacer unas muy elementales consideraciones sobre los principios generales de su diseño.

Ante todo, es perentorio forjar un instrumental conceptual y analítico más complejo y completo que el habitual y que sirva para dar cuenta adecuada de los distintos fenómenos y momentos que acontecen en el razonamiento jurídico de aplicación del derecho³⁰. Sobre esa base, el siguiente paso tendrá que ser superar las etiquetas genéricas con que se habla de métodos o argumentos de la interpretación y aplicación del derecho, a fin de, por un lado, diferenciar convenientemente entre las distintas funciones y el diferente modo de operar de los mismos, y, por otro lado, realizar un estudio preciso y minucioso de la estructura, condiciones de uso y exigencias argumentativas de cada uno de tales argumentos.

Cuando hablamos de los métodos o argumentos habituales y admitidos como guía de la decisión judicial, se suele caer en los defectos comunes de la metodología clásica, pues no se distingue suficientemente el distinto papel que cada uno cumple. Es de la mayor importancia que se comience por diferenciar de modo claro qué métodos o argumentos cumplen un papel propiamente interpretativo y cuáles sirven a la creación de normas nuevas, y esto implica partir de un concepto de interpretación suficientemente preciso y ajustado, lo cual no es precisamente frecuente en numerosos tratadistas actuales.

³⁰ A este propósito ha habido muy interesantes propuestas recientes, aunque no siempre provenientes de partidarios de la teoría de la argumentación, como son las obras de Hernández Marín y E. Diciotti. Véase R. Hernández Marín, *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999; E. Diciotti, op.cit.

En segundo lugar, no se puede perder de vista que cualquier intento de establecer una jerarquía u orden estricto y fundamentado de preferencia entre los distintos argumentos, para el caso en que compitan, implica una toma de postura jurídico-política de la mayor importancia, sin la cual toda propuesta teórica se termina difuminando en una mera enumeración de argumentos que no puede evitar hacer importantes concesiones a la dimensión puramente retórica de la argumentación jurídica. Ciertamente los teóricos de la argumentación han propuesto tales jerarquizaciones de los argumentos, pero a menudo el propio planteamiento “argumentativo” conduce a una considerable oscuridad, pues es común que se entienda que la preferencia de un tipo de argumentos es una preferencia *prima facie*³¹, es decir, en tanto no existan buenos argumentos para alterarla. Si no se despliega una exigente explicación de cómo puede acontecer de modo justificado tal alteración argumentativa del orden de preferencias o una lista bien articulada de la índole de tales excepciones, cunde la sensación de que las valoraciones en juego acaban careciendo de control.

En tercer lugar, conviene realizar un estudio pormenorizado del modo en que opera cada argumento, atendiendo sobre todo a los elementos de cada uno que presuponen juicios necesitados de un más estricto fundamento argumentativo. El valor justificatorio de un argumento de los que estamos hablando no puede consistir en su mera mención, sino en su uso acorde con exigencias argumentativas máximas.

En cuarto lugar, es necesario operar con una clasificación de tales métodos o argumentos suficientemente rica como para dar cuenta de la distinta función que cada uno cumple. Es frecuente, por ejemplo, hablar de los argumentos o métodos interpretativos tratándolos como si todos ellos contribuyeran de la misma forma a sentar positivamente un significado de la disposición que se interpreta. Sin embargo, no todos funcionan de la misma manera. Por ejemplo, mientras unos aportan referencias o criterios para afirmar un determinado significado, otros desempeñan una función meramente negativa, descartando significados de los que con los otros argumentos se proponen.

Podría continuarse con la enumeración de tareas pendientes. Pero basta lo dicho para sugerir que resultaría atrevido pensar que la teoría de la argumentación jurídica constituye un cuerpo doctrinal acabado y definitivo. Más bien queda casi todo por hacer. Y, si no se hace, dentro de unas décadas sólo quedará el recuerdo de una doctrina sugerente pero que no fue más que una moda pasajera.

³¹ Véase R. Alexy, “Juristische Interpretation”, cit., pp. 89-91.



EJERCICIOS

1. Explique cuál es la dimensión argumentable del derecho.

2. De acuerdo con la lectura de Neil MacCormick, la certeza jurídica garantiza a las y los ciudadanos dos aspectos principales. Enúncielos.

1)

2)

3. Explique brevemente en qué consiste la teoría del caso especial de Robert Alexy.

4. Defina el concepto de *precomprensiones* según la teoría de Josef Esser.

5. ¿A qué se refiere Chaim Perelman con la idea de un *auditorio universal*?

6. Explique brevemente en qué consiste la teoría de la situación ideal de habla propuesta por Jürgen Habermas.

7. Enuncie dos características de cada uno de los siguientes paradigmas de interpretación jurídico-judicial.

Paradigma	Características
Dogmático o racionalista	
Irracionalista o arracionalista	
Político o negativista	
Herculeano	
Funcionalista o pragmático	

Paradigma	Características
Procedimentalista	
Dialéctico	
Hermenéutico	
Analítico	
Prudencial-retórico	

8. Relacione las siguientes columnas:

a) Considera al sistema jurídico como un sistema completo en el cual no existen lagunas; es siempre coherente y sin antinomias.	<input type="checkbox"/> Irracionalistas
b) Justificación que tiene que ver con la corrección formal del razonamiento decisorio.	<input type="checkbox"/> Formalismo metodológico
c) Doctrinarios que afirman que todo juicio de valor carece de cualquier contenido de verdad y que consiste únicamente en una opinión caracterizada de subjetividad.	<input type="checkbox"/> Teoría racionalista
d) Teoría de la argumentación que parte de una idea iusnaturalista, pues considera que el patrón de justicia se encuentra grabado en nuestra propia naturaleza.	<input type="checkbox"/> Justificación interna

9. Tomando en cuenta la lectura de Juan Antonio García Amado, ¿qué se entiende por racionalidad jurídica?

10. Explique brevemente a qué se refieren los discursos de aplicación y fundamentación jurídica.

Discurso de aplicación:

Discurso de fundamentación:



AUTOEVALUACIÓN

1. Asegura a las y los ciudadanos que su conducta será juzgada de manera correcta y les permite cuestionar los actos estatales que afecten a sus intereses y exigir una justificación jurídica clara:
 - a) Seguridad jurídica
 - b) Certeza jurídica
 - c) Debido proceso
 - d) Principio de legalidad

2. Autor que sostiene que la persuasividad de un argumento dependerá del auditorio al que vaya dirigido:
 - a) Jürgen Habermas
 - b) Chaim Perelman
 - c) Robert Alexy
 - d) Theodor Viehweg

3. Teoría que afirma que todo argumento debe adecuarse a las condiciones de racionalidad y razonabilidad:
 - a) Teoría de las precomprensiones
 - b) Teoría de la situación ideal de habla
 - c) Teoría del caso especial
 - d) Todas las anteriores

4. Teoría establecida por Jürgen Habermas en la que propone la eliminación de todas las formas de coerción, poder o dominación interpersonal:
- a) Teoría de la situación ideal de habla
 - b) Teoría procedimental
 - c) Teoría de los paradigmas
 - d) Teoría del caso especial
5. Este tipo de problema surge cuando las alegaciones son relevantes debido a los hechos alegados, pero la norma correspondiente no puede ser entendida adecuadamente a partir de los materiales aducidos:
- a) Problema de prueba
 - b) Problema de interpretación
 - c) Problema de caracterización
 - d) Problema de relevancia
6. Este paradigma sostiene que la naturaleza del derecho no sólo se encuentra en el ámbito de lo humano, sino también en el mundo de lo físico y de lo animal:
- a) Paradigma dialéctico
 - b) Paradigma racionalista
 - c) Paradigma pragmático
 - d) Ninguno de los anteriores
7. Por este concepto la aplicación del derecho se torna problemática y perfectamente determinada, pues rechaza la idea de que la lógica pueda resolver problemas de aplicación del derecho, ya que dichas valoraciones lógicas se encuentran excluidas del sistema porque éste es perfecto:
- a) La lógica formal
 - b) El paradigma analítico
 - c) El formalismo metodológico
 - d) El iusnaturalismo
8. Para este tipo de discurso la norma que emana de una actividad discursiva es la norma racionalmente válida:
- a) Discurso de aplicación
 - b) Discurso de fundamentación
 - c) Discurso judicial
 - d) Discurso político

9. Este tipo de discurso surge debido a que la o el legislador no puede prever una solución precisa para cada caso concreto, por lo que se requiere una argumentación jurídica de la o el juez:

- a) Discurso judicial
- b) Discurso político
- c) Discurso de aplicación
- d) Discurso de fundamentación

10. Para la racionalidad jurídica, el elemento clave de la decisión jurídica resulta ser:

- a) El contenido de la decisión
- b) La justificación del contenido de la decisión
- c) La persuasividad de los argumentos
- d) El argumento en sí mismo

CURSO III.

Aplicación práctica del interés superior del niño. Actuación y documentación

OBJETIVO ESPECÍFICO

- Conocer de manera puntual el significado y alcance del interés superior del niño para contar con insumos suficientes que permitan a las y los miembros del SPDH asegurar el cuidado y la protección que sean necesarios para la infancia a través de su trabajo en la defensa y promoción de los derechos humanos.



SÍNTESIS

Los derechos del niño son derechos humanos

Desde los últimos decenios del siglo xx, los derechos humanos han sido concebidos como la sustancia de cualquier sistema democrático, un límite contra cualquier arbitrariedad y el fin hacia el que se orientan el sistema político y la convivencia social (Cillero Bruñol, p. 268).

Los instrumentos internacionales o nacionales de derechos humanos son aplicables a cualquier persona, independientemente de cualquier particularidad; sin embargo, se puede observar que para algunos grupos el goce de sus derechos no está garantizado de forma efectiva por distintas circunstancias (Cillero Bruñol, p. 268).

El reconocimiento de los derechos de las y los niños deriva de un proceso gradual: en una primera etapa fueron personas prácticamente ignoradas y sólo se protegían algunas facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de las y los niños quedaban fuera de la regulación de los asuntos públicos (Cillero Bruñol, p. 270).

En una segunda etapa se reconoce que ellas y ellos pueden tener intereses distintos de los de sus padres. El Estado podía asumir en ciertos casos la tutela de las y los niños, de este modo los intereses de éstas y éstos se convirtieron en parte de los asuntos públicos. Gran Bretaña aplicó el derecho de equidad como alternativa al derecho consuetudinario que sólo consideraba a la o el niño como instrumento de uso de sus padres; lo mismo sucedió en Francia. En América Latina esta evolución se observa a comienzo del siglo xx en el derecho de familia (Cillero Bruñol, pp. 270 y 271).

Una paradoja en la evolución del derecho de la infancia es que, a pesar de haberse reconocido el carácter público de la protección de los intereses de niñas y niños, después fue necesario reconocer la necesidad de limitar las facultades del Estado para intervenir en ciertos asuntos de la infancia, como es el caso del sistema punitivo (Cillero Bruñol, p. 271).

Con las leyes dirigidas a niñas y niños, éstos no fueron suficientemente protegidos y quedaron expuestos a distintas formas de abuso público antes desconocidas. Con el proceso iniciado por la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), los intereses de niñas y niños se convirtieron en genuinos derechos, límite y orientación de la actuación de sus padres y del Estado (Cillero Bruñol, p. 271).

La CDN reafirma los derechos de niñas y niños como personas, pero también especifica esos derechos y es fuente de principios que regulan la protección conjunta de esos derechos con los de las personas adultas, así como sus derechos y deberes recíprocos. Los derechos de las y los niños se aplican a todas las personas; son un conjunto de derechos-garantía frente al Estado y representan el deber de éste de asegurar la satisfacción de los derechos-prestación que contempla (Cillero Bruñol, pp. 268 y 269).

La Convención sobre los Derechos del Niño

La CDN fue aprobada en 1989 y tuvo dos antecedentes: la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959. Representa un consenso de diferentes culturas y sistemas jurídicos en aspectos esenciales como (Cillero Bruñol, p. 266):

- Los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de las y los niños.
- Las políticas públicas dirigidas a la infancia.
- Los límites de la intervención del Estado y la protección de la infancia ante toda forma de amenaza o vulneración de sus derechos.
- La obligación de los padres, los órganos del Estado y la sociedad para adoptar medidas que hagan efectivos los derechos de las y los niños.

A pesar de lo anterior, se ha dicho que la aprobación de normas internacionales no puede considerarse como un consenso internacional debido a la posición negociadora que adoptan los Estados. Este argumento es débil porque ha quedado demostrado que la posición negociadora de un Estado puede ser superada de diversos modos (Cillero Bruñol, p. 267).

El problema de la universalidad o relatividad de las reglas jurídicas de acuerdo con las distintas culturas ha originado un debate que alcanza también las relaciones sociales de la infancia, particularmente aquellas que se relacionan con la crianza, la iniciación sexual u otras prácticas que pueden ser relevantes para defender una flexibilidad normativa atendiendo las costumbres locales (Cillero Bruñol, p. 267).

De este modo, un argumento sostiene que el interés superior del niño es un punto de encuentro entre los derechos de niñas y niños y la diversidad cultural, por lo que resuelve los conflictos a partir de la afirmación de que, en un momento determinado, el interés superior podría indicar contravenir o prescindir de una regla universal para resguardar la pertenencia de un niño o una niña a su medio cultural. El estudio dirigido por Philip Alston en 1994 recoge este debate y concluye que las consideraciones culturales deben ceder cuando están en conflicto con los derechos humanos (Cillero Bruñol, p. 267).

En la literatura especializada e incluso entre los "comunitaristas", ha surgido la idea de un *minimalismo*, que es el mutuo reconocimiento en diferentes culturas morales de igual desarrollo, de reglas

comunes que regulan los comportamientos de todas las personas de una forma correcta (Cillero Bruñol, pp. 267 y 268).

Un estudio sobre modernidad e identidad latinoamericana afirma que detrás del relativismo subyace la negación de una naturaleza compartida entre culturas supuestamente inconmensurables que puede llevar a concepciones irracionales, o favorecer nuevas formas de racismo o de dominación.

Existe una estrecha relación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección a los derechos de niñas y niños y el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general, ya que los primeros son más efectivos en la medida en que estén ligados a los segundos (Cillero Bruñol, p. 264).

Principios de la Convención sobre los Derechos del Niño

La CDN retomó principios del anterior derecho de familia o de menores, como el *interés superior del niño*; sin embargo, también es una síntesis de normas de derechos humanos de carácter general y tiene *principios estructurantes*, como (Cillero Bruñol, pp. 265 y 272):

- No discriminación.
- Efectividad.
- Autonomía y participación.
- Protección.

Se trata de proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de justicia. Podría decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos que pudieran surgir entre los mismos (Cillero Bruñol, p. 272).

La teoría supone que los principios se imponen a las autoridades públicas; son obligatorios y van dirigidos especialmente hacia ellas. Siguiendo esta explicación no es válido afirmar que el principio de interés superior del niño es una "inspiración"; se trata más bien de una "limitación" a la discrecionalidad, una prescripción de carácter imperativo (Cillero Bruñol, p. 272).

Las disposiciones de los derechos de las y los niños en un sistema jurídico nacional cumplen las siguientes funciones:

- a) Reafirmar que las y los niños, como personas humanas, tienen iguales derechos.
- b) Especificar esos derechos conforme a particularidades de vida y madurez de las y los niños.
- c) Establecer derechos propios de niñas y niños.
- d) Regular conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de sus derechos o de la colisión con los derechos de las personas adultas.
- e) Orientar y limitar la actuación de las autoridades y las políticas públicas relacionadas con la infancia (Cillero Bruñol, pp. 269 y 270).

La nueva legislación sobre la infancia-adolescencia se basa en que sus derechos derivan de su condición de persona; por lo tanto, los dispositivos de protección son complementarios o de supra protec-

ción –mas no sustitutivos– de los mecanismos generales de protección de los derechos reconocidos a todas las personas (protección jurídica general). Por esta razón no son derechos autónomos (Cillero Bruñol, pp. 264 y 265).

El interés superior del niño

El interés superior del niño representa la plena satisfacción de sus derechos. El contenido de este principio son los derechos. Antes de la CDN, este concepto parecía remitir a algo que estaba más allá del derecho, una especie de interés colectivo o particular.

Además, la interpretación del contenido del interés superior quedaba a merced de la autoridad administrativa en cuanto a las políticas y programas sociales, o de la judicial en materia de control/protección de la infancia. Esta situación se modificó si aprobarse un catálogo de derechos de las y los niños, por lo que dicho interés se convirtió en un principio jurídico garantista que obliga a las autoridades (Cillero Bruñol, pp. 272 y 273).

Por lo tanto, deben abandonarse las interpretaciones paternalistas/autoritarias que consideran el interés del niño como un acto potestativo derivado de la investidura de la autoridad, que las y los niños son personas incapaces a quienes no se les reconocen sus derechos y que dan poderes a las personas adultas sobre ellos. En su lugar debe adoptarse aquella que comulgue con la concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder, que es la visión de la CDN (Cillero Bruñol, pp. 273 y 274).

La CDN señala que el interés superior es una garantía de la vigencia de los demás derechos, y tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares y las autoridades están limitadas por los primeros. Les recuerda a las y los jueces que no pueden tomar soluciones jurídicas de la nada sino en estricta sujeción a los derechos de niñas y niños. La reafirmación del principio es necesaria debido a que subsiste la tendencia a desconocer los derechos de las y los niños como un límite y una orientación a las autoridades y a las personas adultas (Cillero Bruñol, p. 274).

Se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga e indeterminada, con múltiples interpretaciones, incluso extrajurídicas, y que permite la discrecionalidad en las actuaciones que le afectan; algunos autores sostienen que por esta razón las resoluciones en las que se aplica no cumplen con la exigencia de seguridad jurídica.

Cillero Bruñol no está de acuerdo con esta posición y señala que dicho principio se refiere al "bienestar del menor", el cual depende de sus circunstancias personales: edad, grado de madurez, presencia o ausencia de los padres, entorno y experiencias. La interpretación del interés superior debe estar acorde con la CDN, otras normas internacionales y las directrices del Comité de los Derechos del Niño en su Observación General núm. 6,¹ ya que se trata de un concepto que ha evolucionado de forma conjunta con el reconocimiento progresivo de los derechos de las y los niños (Cillero Bruñol, p. 271).

¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 6, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, adoptada en el 39° periodo de sesiones, 2005.

El artículo 3.1 de la CDN obliga a las autoridades, e incluso a las instituciones privadas, a estimar el interés superior del niño como una consideración primordial que deberán atender en el ejercicio de sus atribuciones (Cillero Bruñol, p. 272).

Por su parte, la Corte IDH ha sostenido que el interés superior del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, las características propias de niñas y niños, la necesidad de propiciar su desarrollo y en la CDN.²

- El principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 establece que el niño debe gozar de protección especial para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en condiciones de libertad y dignidad. Del mismo modo, indica que la promulgación de leyes con ese fin debe atender al interés superior del niño.³
- Este principio se desarrolla en el artículo 3° de la CDN e indica que a él deben ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad con respecto a la protección de las y los niños.⁴
- Tanto la CDN como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establecen que las y los niños deben recibir cuidados o medidas de protección especiales, considerando la situación específica en la que se encuentran y atendiendo a su debilidad, inmadurez o inexperiencia.⁵

Si bien la CDN no da una definición al respecto, sí establece dos elementos importantes que deben considerarse en cuanto al interés superior del niño (ACNUR, p. 289):

- Debe ser el factor determinante para acciones específicas.
- Debe ser la consideración primordial para todas las demás acciones que afecten a la o el menor.

La CDN elevó el interés superior del niño al carácter de norma fundamental –principio *rector-guía* de ella– también se proyecta en las políticas públicas y sirve de orientación hacia una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de las personas. Por lo tanto, este instrumento debe interpretarse de forma integral y armónica (Cillero Bruñol, p. 265). Además de ser un principio, al interés superior del niño se le puede considerar como una garantía, es decir, como “vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos”. Por lo tanto, se trata de un principio jurídico garantista (Cillero Bruñol, pp. 272 y 273).

Función del interés superior del niño

Este principio tiene un carácter interpretativo: permite descifrar sistemáticamente sus disposiciones, destacando el carácter integral (interdependencia) de los derechos de niñas y niños. También permite solucionar los conflictos que surjan entre derechos de la misma Convención recurriendo a la ponderación. En ciertos casos este documento establece una prelación entre derechos y luego la relativiza para dejarla sujeta al interés superior del niño; ejemplo de esto son los artículos 9° y 37.

² Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva oc-17/02 del 28 de agosto de 2002, serie A, núm. 17, párr. 56.

³ *Ibidem*, párr. 57.

⁴ *Ibidem*, párr. 59.

⁵ *Ibidem*, párr. 61.

Del mismo modo, establece que, cuando se trate de cuestiones punitivas por infracciones penales, se restrinja la posibilidad de que se apliquen medidas que puedan afectar los derechos a la libertad personal o a la integridad, en razón del interés superior de niñas y niños. Finalmente, este principio puede servir para subsanar algunos vacíos o lagunas legales (Cillero Bruñol, p. 276).

La evaluación del interés superior del niño

Siempre es esencial evaluar el interés superior antes de realizar cualquier actuación con respecto a una o un niño o adolescente bajo el mandato del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Ello puede hacerse por una sola persona o en consulta con otras; no se necesitan estrictas garantías procedimentales, pero el personal debe tener las habilidades y conocimientos necesarios para hacerlo. Asimismo, dicha evaluación normalmente debe ser documentada y en todo momento se debe dar oportunidad a la o el niño o adolescente para expresar su opinión (ACNUR, p. 295).

La determinación del interés superior del niño

La determinación del interés superior (DIS) describe el proceso formal diseñado para precisar el interés superior de la o el niño o adolescente respecto a decisiones importantes que le afectan y que requieren estrictas garantías procesales. Tiene que asegurar su participación sin discriminación, tomando en cuenta sus puntos de vista conforme a su edad y madurez; además, debe involucrar a las y los expertos en la toma de decisiones en distintas áreas y equilibrar los factores relevantes para evaluar las opciones.

Algunas ventajas de la determinación del interés superior son:

- Asegura el otorgamiento de una protección específica a niñas y niños privados del cuidado de sus familias o que pueden llegar a encontrarse en esa situación.
- Capacita al personal para evaluar globalmente la situación de las y los niños, asegurando que las decisiones sean acordes con la CDN y con otros instrumentos jurídicos.
- Permite que se escuche la opinión de la o en niño y se le valore.
- Mediante la identificación de vacíos de protección que afectan a las y los niños, ayuda a emprender acciones correctivas si es necesario.
- Permite una evaluación global de la madurez personal de la o el niño cuando se desconoce su edad o hay discrepancias al respecto.
- Impide que una sola persona tome decisiones respecto a la o en niño.

En casos de retorno y desplazamientos internos, ACNUR trabaja con las administraciones estatales para fortalecer los sistemas nacionales de protección; los procedimientos de DIS llevados a cabo fuera de los sistemas en cuestión deben ser excepcionales (ACNUR, pp. 295 y 296).

Acciones que afectan a niñas, niños y adolescentes

Deben estar establecidas distintas garantías procedimentales con fin de identificar la opción disponible que sea más acorde con el interés superior del niño y, con base en ello, tomar una decisión. La CDN prevé garantías procedimentales especiales en caso de adopción o de que la o el niño sea separado

de sus padres en contra de su voluntad, incluidas aquellas relativas a la paternidad y a la custodia y que son competencia de las autoridades y de las leyes nacionales.

Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño especificó en su Observación General núm. 6 que las decisiones sobre repatriación y reasentamiento de niñas y niños requieren medidas de salvaguarda que aseguren el principio del interés superior del niño (ACNUR, p. 293).

¿Cómo aplicar el principio? Integralidad, máxima operatividad y mínima restricción de los derechos del niño

El interés superior del niño se refiere a una protección integral y simultánea de su desarrollo y de la calidad o "nivel de vida adecuado". Una correcta aplicación de este principio exige un análisis de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por las actuaciones de la autoridad (Cillero Bruñol, p. 277).

Siempre debe tomarse la medida que implique la mayor satisfacción de los derechos y la menor restricción de éstos, considerando tanto el número de derechos afectados como su importancia relativa. Por ejemplo, la privación de la libertad y del medio familiar deben ser medidas de último recurso, e incluso en estos casos se debe asegurar que la o el niño goce de otros derechos que no se le hayan privado de manera expresa (Cillero Bruñol, pp. 277 y 278).

ACNUR señala que el principio del interés superior del niño debe aplicarse de manera sistemática en cualquier actuación que este organismo lleve a cabo y que afecte a niñas y niños que estén bajo su cuidado. Especialmente aplica dicho principio en los siguientes casos (ACNUR, p. 293):

- 1) *Actuaciones que afecten a niñas y niños en general o a grupos específicos.* Las medidas de aplicación comprenden entre otras:
 - Consultar a las y los niños mediante evaluaciones participativas sistemáticas, ajustadas a la edad y sensibles al género.
 - Recopilación de datos por sexo y edad.
 - Considerar el interés superior del niño en asignación de recursos.
 - Insertar en las directrices aspectos específicos de la niña o el niño.
 - Políticas, planes operacionales, acuerdos sobre subproyectos y procedimientos operativos normalizados.
- 2) *Actuaciones relativas a niñas y niños bajo el mandato del ACNUR.* En acciones como la inscripción, la provisión de asistencia temporal y la búsqueda de familiares se debe evaluar el interés superior del niño, para lo cual niñas y niños requieren una atención especial por no estar acompañados.

El interés superior del niño y las relaciones parentales

Los artículos 5° y 18 de la CDN reconocen el derecho de los padres a la crianza y a la educación, así como el derecho de niñas y niños a ejercer sus derechos por sí mismos, y de forma progresiva de acuerdo con la evolución de sus facultades (Cillero Bruñol, p. 278).

Uno de los aportes de la CDN ha sido extender el principio de interés superior del niño no sólo a las autoridades sino también a instituciones privadas y a los padres. La orientación y dirección de las y los niños por sus padres tiene por objeto la protección y el desarrollo de su autonomía en el ejercicio de sus derechos. Los roles de los padres no son derechos absolutos ni poderes o deberes; son derechos limitados por los derechos de las y los niños (Cillero Bruñol, p. 278).

Prioridad de las políticas públicas para la infancia: interés del niño e interés colectivo

Los derechos de las y los niños no deben quedar limitados por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés colectivo, porque no son asimilables con éste (Cillero Bruñol, p. 276).

En todas las decisiones del Estado deben primar los derechos de las y los niños sobre otros intereses; lo mismo debe suceder en caso de que surjan conflictos entre diversos derechos. Cada Estado debe determinar el grado de prioridad que otorga a la infancia en un sistema social donde se compite por los recursos, pero es indudable que debe dar primacía a los intereses de niñas y niños (Cillero Bruñol, p. 277).

El apoyo a los sistemas nacionales de protección de niñas y niños

El Estado tiene la responsabilidad de implementar el principio del interés superior del niño en el marco de sus propios sistemas de protección a través de procedimientos adecuados que garanticen la participación de la o el niño y de expertos relevantes.

El ACNUR apoya, pero no reemplaza, a los sistemas de protección de niñas y niños de los Estados; en todo caso, supervisa, capacita y promueve su correcto funcionamiento. En este sentido, puede:

- Controlar la aplicación de garantías procedimentales.
- Determinar con otras autoridades competentes y con socios el apoyo que se necesita de la comunidad internacional, o abordar los vacíos detectados.
- Reforzar la capacidad de las autoridades responsables y de los sistemas de protección.
- Proporcionar asesoría en casos individuales.

Una DIS dirigida por el ACNUR puede complementar los sistemas de protección estatales en dos circunstancias (ACNUR, p. 298):

- Como procedimiento excepcional de sustitución de las responsabilidades del Estado, cuando sus sistemas de protección no se encuentren disponibles o accesibles a las y los niños bajo su mandato.
- Para las acciones que el ACNUR emprenda por su cuenta, como proponer el reasentamiento de una o un niño.

Sistemas globales de protección de niñas y niños

De acuerdo con sus obligaciones internacionales, el Estado debe establecer sistemas de protección de niñas y niños y garantizar que las y los interesados puedan acceder a ellos. Se trata de un sistema que comprende leyes, políticas, procedimientos y prácticas para prevenir y actuar efectivamente ante el abuso, el trato negligente, la explotación y el trato violento a niñas y niños. En el cuadro de la página 292 se muestra un sistema global de protección a niñas y niños refugiados no acompañados y separados.

Al realizar cualquiera de estas acciones se debe atender al interés superior del niño, lo cual implica el establecimiento de mecanismos para poder identificarlo. Disponer de los elementos fundamentales en un sistema de este tipo, especialmente en las tareas de registro y de documentación, facilita la identificación de este principio.

Las Directrices Generales Interagenciales sobre Niñas y Niños no Acompañados y Separados indican que se deben dedicar tiempo y recursos a la recolección de información –documentación–, que es una continuación del registro, y que ésta debe realizarse por quienes han estado en contacto con la o el niño para poder obtener más información. También recomiendan supervisar el sistema de protección y establecer un historial por cada niña o niño.

La subsistencia y práctica de sistemas tutelares discriminatorios o de modelos de protección y control de infracciones penales en materia de infancia al margen de las garantías reconocidas por la Constitución, debe ser modificada, pues ellas entran en contradicción con la CDN (Cillero Bruñol, p. 269).

Otras fuentes legales importantes

De acuerdo con el artículo 41 de la CDN, siempre deben aplicarse las disposiciones jurídicas que sean más conducentes con la realización de los derechos de la o el niño, nacionales e internacionales.

- 1) *Instrumentos internacionales y regionales.* Son fuentes interpretativas válidas. Incluyen instrumentos de derechos humanos generales, de derecho internacional humanitario, de derechos de las personas refugiadas e instrumentos específicos sobre niñas, niños y adolescentes.
- 2) *Derecho y jurisprudencia nacional.* Brinda orientación específica adicional sobre los principios generales de los instrumentos internacionales.

Otros instrumentos internacionales y regionales específicos en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes son los siguientes:

- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados, de 2000.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, de 2000.
- Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 1980.

- Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional y su Recomendación de 1994 relativa a su aplicación a los menores refugiados y a otros menores desplazados internacionalmente.
- Convención sobre Jurisdicción, Ley Aplicable, Reconocimiento, Aplicación y Cooperación con respecto a la Responsabilidad Paterna y Medidas para la Protección de Menores, de 1996.
- Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, de 1990.
- Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre las peores formas de trabajo infantil, de 1999; y Convenio 138 de la OIT sobre la edad mínima, de 1973.

Caso práctico. *Incursus*: el caso Serena

Una niña que nació en un país lejano fue llevada a Italia de forma ilegal y un matrimonio la tenía consigo como su hija. La situación se había prolongado por más de un año debido a las estratagemas utilizadas por la pareja: primero, una falsa declaración de paternidad natural del hombre y después una solicitud de adopción o de acogimiento.

Era evidente la ilegalidad de la situación, tanto como el hecho de que la niña había establecido lazos afectivos con su nueva familia. ¿Qué debía hacerse en este caso? La legislación dejaba margen para la interpretación:

- Quien hubiese actuado ilegalmente para introducir a una o un niño extraño en el núcleo familiar perdía el derecho de solicitar la adopción.
- No obstante, había una posibilidad residual, con efectos más limitados, que estaba prevista para la "adopción en casos especiales". Dicho supuesto permitía superar las limitaciones de la adopción ordinaria cuando la o el niño por distintos motivos, se encontrara en condiciones objetivas que impidieran la adopción ordinaria. Esa posibilidad se había interpretado en otros casos de forma extensiva, recibiendo críticas de quienes consideraban que esa medida pudiese alentar el tráfico de menores, ya que la adopción había procedido en casos donde la o el niño hubiera generado profundos lazos afectivos que, de ser interrumpidos, podrían perturbarlo; era más importante la protección de la o el niño que la ilegalidad del acto.

El caso admitía dos significados sociales distintos:

- Un intento de "hecho consumado" por parte de las personas adultas, que tal vez tenía origen en un acto de comercio cuyo objeto fue la niña. El sentido de la historia estaba determinado por el comportamiento de las primeras.
- La integración de la niña en esta familia. El sentido de la historia estaba determinado por la niña.

Quienes criticaban la conducta de los supuestos padres, consideraban secundaria la posición de la niña; por el contrario, quienes resaltaban la situación de la niña, dejaban en segundo plano el comportamiento de los primeros.

Era deseable, desde la perspectiva de la conducta de las personas adultas, desincentivar el comercio de niñas y niños y, por ende, encontrar en el ordenamiento jurídico la regla que impidiera que se que-

darán con la niña. Lo preocupante es que un ser humano inocente estaba siendo utilizado como un medio para tutelar los derechos de otros seres humanos que pudieran ser víctimas potenciales de este tipo de comercio.

Desde la perspectiva de la posición de la niña, preocupaba su tranquilidad espiritual y evitarle traumas por la separación. Para ello debía buscarse la regla que le permitiera quedarse en donde estaba, pero inquietaba que esta decisión pudiera representar un estímulo para la introducción ilegal de niñas y niños en Italia.

Lo que decidieron los jueces fue lo siguiente:

- Las y los jueces solamente están sujetos a la ley de acuerdo con lo que establece la Constitución.
- Cuando la ley es injusta, las y los jueces plantean una cuestión de legitimidad; pero cuando es justa, deben aplicarla aun estando contracorriente.
- Las sentencias no deben ser fruto de las emociones populares, presiones o amenazas. Para lograrlo, la Constitución protege la independencia de las y los jueces, sin olvidar que son servidores del "bien colectivo".
- La o el juez sabe que sus decisiones pueden ser criticables, porque no tiene el monopolio de la verdad. Este caso pone en conflicto el interés de la persona y el interés de la ley.
- Debe admitirse que, a través de falsos reconocimientos de paternidad, se ha llevado a cabo un lucrativo tráfico de niñas y niños, y que la ley contiene normas destinadas a impedirlo.
- En un país como Italia, donde abundan los perdones y las amnistías, las personas no comprenden por qué la o el juez no deben hacer excepciones en casos como éste.
- La respuesta es que en Italia hay normas que protegen a las y los niños; todo perdón contra el fraude es un estímulo para los defraudadores.
- Este tribunal pretende dejar claro que no hay salvación para el fraude a esta ley, que la o el juez no puede hacer excepciones cuando la ley no lo prevé y que cualquiera que busque instrumentalizar a las y los niños con falsos reconocimientos u otros actos, no podrá tener perdón ni aprovechar el hecho consumado para alegar derechos.

En el caso también se menciona que la decisión de separación podría afectar a la niña, pero que esta responsabilidad debería recaer en las personas adultas. A largo plazo, una adopción regular, con los requisitos de ley, redundaría en el interés de la niña; sólo así se podría garantizar su estado familiar.

El principio de solidaridad es el principio constitucional que se aplicó en este caso; significa que se puede endosar a alguien una carga en atención al bien de otro, y que el costo para lograr un bien colectivo recae sobre una o pocas personas. Este principio permite a la o el niño ubicar el origen de la discusión en términos de un valor objetivo, aunque no encierra razones absolutas.



MATERIAL DE ESTUDIO

Bibliografía obligatoria

CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en Emilio García Méndez y Mary Beloff (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, tomo I, Bogotá, Temis/Depalma, 1998, pp. 69-86.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO, "Incursus: el caso Serena", en *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 8ª ed., Madrid, Trotta, 2008, pp. 140-144.

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, "El principio del interés superior", en *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del menor* (DIS), Ginebra, ACNUR, mayo de 2008, pp. 12-23.

LECTURA 1

Tomada de: Miguel Cillero Bruñol, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en Emilio García Méndez y Mary Beloff (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, tomo 1, Bogotá, Temis/Depalma, 1998, pp. 69-86.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Miguel Cillero Bruñol

SUMARIO: 1 Introducción; 2 La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: expresión de un consenso universal; 3 Los derechos del niño son derechos humanos; 4 El principio del interés superior del niño: origen y proyecciones; 5 El interés superior del niño como "principio garantista"; 6 Qué es el interés superior del niño?: la satisfacción de sus derechos; 7 Función del interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; Conclusión.

1. Introducción

La aprobación, en 1989, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se ha desarrollado durante el siglo XX.

El análisis histórico-jurídico, revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y, el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general. Los derechos de los niños, según diversos estudios, disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos.

La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Por su parte, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños.

El nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención. La rica normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios –nunca sustitutivos– de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas (véase el art. 41 de la Convención). Los niños gozan de una supraprotección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general.

En este sentido, cualquier pretensión de autonomía del derecho de infancia que no respete estos fundamentos, como la que se sostuvo hasta hace un tiempo por algunos autores que propiciaban un derecho de menores autónomo, es contraria a la concepción de los derechos del niño que emana de la doctrina universal de los derechos humanos.

La Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. Sin embargo, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del de "interés superior del niño".

Es en este marco que propongo analizar la noción del "interés superior del niño", fórmula usada profusamente por diversas legislaciones en el presente siglo, pero que adquiere un nuevo significado al ser incorporada en el artículo tercero de la Convención.

Generalmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico.

Por esta razón, diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en "el interés superior" se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra.

En este artículo intento desarrollar una interpretación que supere estas objeciones, favoreciendo una concepción jurídica precisa de interés superior del niño que reduzca razonablemente la indeterminación y sea congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño, en un marco de seguridad jurídica.

La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas.

Así lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, establecido por la propia Convención, que ha señalado que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio "rector-guía" de ella.

De este modo, cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el "interés superior del niño" deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la Convención.

No es posible permanecer indiferente ante interpretaciones del interés superior del niño que tienden a legitimar decisiones que vulneran los derechos que la propia Convención reconoce. El objetivo principal de este artículo responde a la necesidad de aportar a la discusión hermenéutica sobre el interés superior del niño, una concepción garantista que promueva la conciliación entre interés superior del niño y la protección efectiva de sus derechos.

2. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: expresión de un consenso universal

Durante el siglo xx la manifestación más significativa del movimiento de protección de los derechos del niño es la aprobación de la Convención Internacional. En el ámbito internacional es posible destacar dos hitos fundamentales que le sirven como antecedente: la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959. En el plano nacional se pueden encontrar numerosas iniciativas legales que, con mayor o menor eficacia, buscaron proteger a la infancia y promover sus derechos y bienestar.

Pese a las perspectivas culturales tan diversas y a la dificultad de la materia que aborda, la Convención es un instrumento de rápido y casi universal reconocimiento jurídico y masiva aceptación social.

Si bien el consenso como dice Lyotard es siempre un horizonte a realizar, se puede afirmar que la Convención representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños; las políticas públicas dirigidas a la infancia; los límites de la intervención del Estado y la protección del niño de toda forma de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales; y, finalmente, la obligación de los padres, los órganos del Estado, y la sociedad en general de adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos.

La Convención supera, por decisión de los propios Estados, visiones excluyentes de las diferencias culturales que impiden construir estándares jurídicos comunes a todas las personas relativos a sus derechos fundamentales. Esta es una de las principales consecuencias de la

positivización internacional de los derechos humanos,¹ avance significativo de la humanidad en la segunda mitad del siglo veinte que también se hace extensivo a los niños a partir de la ratificación casi universal de la Convención.

Se ha señalado, sin embargo, que el proceso de redacción de las normas internacionales no puede considerarse como un ejemplo de formación de un consenso universal, dada la diferente posición negociadora de los Estados. Esta objeción es particularmente débil en el ámbito de la infancia ya que no cabe duda de que los procesos de ratificación nacional unidos a la posibilidad de formular reservas específicas y a la existencia de una nueva legislación nacional que surge desarrollando los derechos de la Convención en diversos contextos culturales, demuestran que la debilidad de negociación de un Estado perteneciente a una cultura no dominante o minoritaria puede ser superada de diversos modos, y que el Estado que ratifica lo hace adhiriendo al consenso reflejado en las disposiciones de la Convención.

Al margen del argumento político sostenido en favor de la legitimidad de la pretensión de observancia para todos los Estados Parte de las reglas de la Convención independientemente de su diversidad cultural, también desde un punto puramente conceptual se llega a conclusiones similares.

El problema de la universalidad o relatividad de las reglas jurídicas según las distintas culturas ha dado origen a un rico debate que ha acompañado toda la trayectoria de la filosofía jurídica moderna. Esta polémica ha alcanzado también el ámbito de las relaciones sociales de la infancia y, en particular, a ciertas reglas relativas a la crianza, iniciación sexual u otras prácticas que según algunos autores parecieran ser especialmente significativas para defender una flexibilidad normativa atendiendo a las costumbres locales.

En este contexto han surgido argumentos que sostendrían que el principio del interés superior del niño podría operar como un punto de encuentro entre derechos del niño y diversidad cultural, permitiendo interpretar las reglas relativas a los derechos según los significados que adquieren en una cultura particular y resolver los conflictos a partir del reconocimiento de que el interés superior podría exigir, en determinadas circunstancias, contravenir o prescindir del uso de una regla universal para resguardar la pertenencia de un niño a su medio cultural.

El estudio que dirigió Alston en 1994² recoge este debate en diversos contextos culturales con atención específica a la relación entre diversidad cultural, derechos del niño e interés superior. Pese a que los diversos estudios analizan casos de difícil conciliación entre derechos del niño y valores culturales, se concluye que se debe aceptar que las consideraciones culturales tendrán que ceder cada vez que entren en conflicto con los derechos humanos.

Igualmente en la literatura especializada e incluso en autores que son adscriptos a la vertiente "comunitarista" —crítica del "universalismo—", se abre paso la idea de un "minimalismo" que es el

resultado de un mutuo reconocimiento, por los protagonistas de diferentes culturas morales de igual desarrollo, de reglas comunes que no son expresión de ninguna cultura en particular y regulan los comportamientos de todas las personas de una manera ventajosa o claramente correcta (Walzer, 1994).

También en un interesante estudio sobre modernidad e identidad latinoamericana se sostiene que tras las formas absolutas de relativismo subyace la negación de una naturaleza compartida entre participantes de culturas supuestamente inconmensurables³ que puede llevar hacia concepciones irracionales del hombre o favorecer nuevas formas de racismo o de dominación.

En este sentido, si –como se desarrollará más adelante– la única interpretación posible del principio del interés superior del niño es identificar este interés con sus derechos reconocidos en la Convención, es posible afirmar que en aplicación de este principio la protección de los derechos del niño prima por sobre cualquier consideración cultural que pueda afectarlos, así como sobre cualquier otro cálculo de beneficio colectivo. El principio del "interés superior", entonces, no puede ser una vía para introducir el debate sobre el relativismo cultural que ha pretendido afectar la expansión de la protección universal de los derechos humanos.

3. Los derechos del niño son derechos humanos

Durante el siglo XX, y particularmente en los últimos decenios en América Latina, los derechos humanos se han convertido en el fundamento de un sistema político-social basado en la promoción y garantía del desarrollo de las personas, de todas ellas, sin discriminación. Los derechos humanos han pasado a ser concebidos como el contenido esencial, la sustancia del sistema democrático. Ellos son, por un lado, un límite infranqueable para cualquier forma de arbitrariedad, y por otro, una finalidad u objetivo que orienta al conjunto del sistema político y la convivencia social.⁴

Un principio básico de la teoría de los derechos humanos es que tanto los instrumentos internacionales como nacionales son aplicables a todas las personas con independencia de cualquier particularidad. Sin embargo, es posible observar que ciertos grupos de personas no están efectivamente protegidos en el goce de sus derechos, ya sea porque en forma discriminatoria se les priva de protección, o bien porque algunas circunstancias particulares de su vida dificultan el acceso o idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección.

Uno de estos grupos es la infancia/adolescencia, el segmento de personas que tienen entre cero y dieciocho años incompletos, a las que se les denomina genéricamente niños. La Convención reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas y, por ello, con justa razón puede denominarse como un instrumento contra la discriminación y a favor del igual respeto y protección de los derechos de todas las personas, criterio básico para comprender el sentido y alcance del principio del interés superior del niño.

Pero la Convención no es meramente una reafirmación de los derechos del niño como persona humana, sino una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de vida de la infancia/adolescencia; también, es fuente de derechos propios de la infancia/adolescencia y de un conjunto de principios que regulan la protección conjunta de los derechos de niños y adultos, y sus derechos y deberes recíprocos.

Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla. En este sentido, el enfoque de los derechos humanos permitirá organizar desde una perspectiva diferente las políticas públicas de la infancia y la participación de los niños en la sociedad.

América Latina es una región en la que existe un conjunto importante de derechos insatisfechos y de sujetos vulnerados en sus derechos. La pobreza en la población infantil y la escasa posibilidad de participación de los niños en los asuntos de su interés, son un ejemplo de ello.

La Convención representa una oportunidad, ciertamente privilegiada, para desarrollar un nuevo esquema de comprensión de la relación del niño con el Estado y las políticas sociales, y un desafío permanente para el logro de una verdadera inserción de los niños, y sus intereses, en las estructuras y procedimientos de decisión de los asuntos públicos.

Por su parte, la subsistencia de legislaciones y prácticas en el ámbito de la infancia que constituyen sistemas tutelares discriminatorios o que estructuran modelos de protección y control de las infracciones a la ley penal al margen de las garantías que la Constitución reconoce a todas las personas, exige una radical modificación de las legislaciones de menores vigentes en América latina que entran en contradicción con los derechos de los niños reconocidos en la Convención.

La Convención, entonces, opera como un ordenador de las relaciones entre el niño, el Estado y la familia, que se estructura a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos. Siguiendo la tradición contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención es profundamente respetuosa de la relación niño-familia, enfatizando el rol de las políticas sociales básicas y de protección de la niñez y la familia, limitando la intervención tutelar del Estado a una última instancia que supone que han fallado los esfuerzos de la familia y los programas sociales generales.

En consecuencia, al interior de un sistema jurídico nacional, las disposiciones relativas a los derechos de los niños –incorporadas a aquél por medio de la ratificación de la Convención y por normas de fuente nacional– cumplen los siguientes cometidos: reafirmar que los niños, como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos

para las particularidades de la vida y madurez de los niños; establecer derechos propios de los niños –como los derivados de la relación paterno/filial, o los derechos de participación–; regular los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos; y orientar y limitar las actuaciones de las autoridades públicas y las políticas públicas en relación a la infancia.

El reconocimiento jurídico del "interés superior del niño" tendrá relación con estas dos últimas finalidades, en cuanto actuará como "principio" que permita resolver conflictos de derechos en los que se vean involucrados los niños, en el marco de una política pública que reconozca como objetivo socialmente valioso los derechos de los niños y promueva su protección efectiva, a través del conjunto de mecanismos que conforman las políticas jurídicas y sociales.

4. El principio del interés superior del niño: origen y proyecciones

El principio del interés superior del niño no es nuevo y su aparición en el derecho internacional es tributaria del extenso uso que de este principio se ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de derecho codificado.

El análisis comparado de la evolución de los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos revela una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos.

Posteriormente, se observa un aumento en la preocupación por los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres. En Gran Bretaña esta evolución se reflejará en la aplicación del derecho de equidad como alternativa al derecho consuetudinario que sólo consideraba al niño como un instrumento para el uso de sus padres.⁵ Igual trayectoria se observa en el derecho francés.

Esta segunda fase, tiene como característica principal que el Estado podía asumir en ciertos casos la tutela del niño o impartir órdenes para su educación, como ocurría con el Tribunal de la Cancillería que actuaba en nombre de la Corona británica o disposiciones como la del Código Napoleónico que permitía que el Tribunal –para un mayor bienestar de los niños– pudiera alterar las reglas de custodia de los hijos en caso de divorcio.⁶ En consecuencia, se puede decir que los intereses de los niños (y de algún modo una incipiente semilla de derechos) pasan a ser parte de los asuntos públicos.

En América Latina esta evolución se deja ver también en el derecho de familia, para presentarse con mucha claridad a partir de la legislación de protección dictada a comienzos de este siglo.⁷

El principio del interés superior del niño fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de considerar el interés del niño como un interés que debía ser públicamente, y por consecuencia, jurídicamente protegido. Tanto en Asia, Oceanía y África, las leyes promulgadas por el Imperio Británico consideraron este principio para la resolución de los conflictos de familia, y en muchos lugares han sido refrendadas por legislación posterior.

Una de las paradojas de la evolución del derecho de la infancia es que si bien, en un primer momento, se avanzó a través del reconocimiento del carácter público de la protección de los intereses de los niños, posteriormente ha sido necesario reconocer la necesidad de limitar las facultades del Estado para intervenir en los asuntos de la infancia, asunto que ha debido hacerse con especial preocupación en el ámbito de la aplicación abierta o encubierta de mecanismos del sistema punitivo hacia los niños.

Con las leyes de menores, especialmente en América Latina, los niños no fueron suficientemente protegidos de la arbitrariedad privada y quedaron expuestos a diversas formas de abuso público, antes desconocidas, debido a la indiferencia de los órganos del Estado hacia la infancia.⁸ Sólo con el proceso iniciado con la Convención en el que los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos, los niños podrán oponer sus derechos como límite y orientación tanto de la actuación de los padres, como del Estado.

También, la evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción de interés superior del niño, ya sea en la Declaración de Ginebra de 1924 que establecía el imperativo de darle a los niños lo mejor, o con frases como los "niños primero", hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959, y su posterior incorporación, no solo en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sino también, en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 y 16).

De este breve análisis se desprende que el principio del interés superior ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño y que, ahora que la construcción jurídica de los derechos del niño ha alcanzado un importante grado de desarrollo, corresponde que este principio sea interpretado según este nuevo contexto.

Cuando los niños eran considerados meros objetos dependientes de sus padres o de la arbitrariedad de la autoridad el principio fue importante para resaltar la necesidad de reconocer al niño su calidad de persona; ahora que, al menos en el plano normativo, se ha reconocido al niño como un sujeto portador de derechos, el principio debe ser un mecanismo eficaz para

oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria.

5. El interés superior del niño como "principio garantista"

La Convención contiene "principios" –que a falta de otro nombre, denominaré "estructurantes"– entre los que destacan: el de no discriminación (art. 2), de efectividad (art. 4), de autonomía y participación (arts. 5 y 12), y de protección (art. 3). Estos principios –como señala Dworkin– son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia.⁹ Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

Entendiendo de este modo la idea de "principios", la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades.

Más aún, si en este contexto analizamos el artículo 3.1 de la Convención comprobamos que su formulación es paradigmática en cuanto a situarse como un límite a la discrecionalidad de las autoridades:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño".

En conclusión, es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un "principio" que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

En este punto es posible afirmar que lo que aquí provisionalmente denominamos "principio", siguiendo a Dworkin, podemos también denominarlo, en el caso específico del interés superior

del niño en la Convención, como "garantía", entendida ésta última "como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos".¹⁰ Ensayando una síntesis podríamos decir que el interés superior del niño en el marco de la Convención es un principio jurídico garantista.

6. ¿Qué es el interés superior del niño?: la satisfacción de sus derechos

Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del "interés superior del niño" y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo "interés superior" pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo "declarado derecho"; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser "interés superior".

Antes de la Convención, la falta de un catálogo de derechos del niño hacía que la noción de "interés superior" pareciera remitir a algo que estaba más allá del derecho, una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente de "derecho". Es cierto que, en ausencia de normas que reconozcan derechos y ante la precariedad del status jurídico de la infancia, una norma que remitiera al "interés superior del niño" podía orientar positivamente, aunque sólo fuera ocasionalmente, decisiones que de otro modo quedarían entregadas a la más absoluta discrecionalidad. Sin embargo, una vez reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño.

En las legislaciones pre-Convención, y lamentablemente en algunas que siendo post-Convención no han asumido plenamente el enfoque de los derechos, la interpretación del contenido del interés superior quedaba entregado a la autoridad administrativa en el plano de las políticas y programas sociales o a la judicial en el ámbito del control/protección de la infancia. Desde la vigencia de la Convención, en cambio, el interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable –realizado por una autoridad progresista o benevolente– y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad.

En este sentido debe abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia.

En el esquema paternalista/autoritario, el Juez, el legislador o la autoridad administrativa "realizaba" el interés superior del niño, lo "constituía" como un acto potestativo, que derivaba de su investidura o potestad y no de los derechos de los afectados; la justicia o injusticia de su

actuar dependía de que el Juez se comportara de acuerdo a ciertos parámetros que supuestamente reflejaban su idoneidad. El ejemplo clásico es el Juez buen padre de familia presentado como modelo en las legislaciones y en la literatura basadas en la doctrina tutelar o de la situación irregular. En aquella orientación teórica, el "interés superior" tiene sentido en cuanto existen personas que por su incapacidad no se les reconocen derechos y en su lugar se definen poderes/deberes (potestades) a los adultos que deben dirigirse hacia la protección de estos objetos jurídicos socialmente valiosos que son los niños.

La función del interés superior del niño en este contexto es iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta, ya que está huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas.

La Convención propone otra solución. Formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no "constituye" soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente.

El ejercicio de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se orienta y limita por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño, considerando además los principios de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos que le afecten (arts. 5 y 12 de la Convención). En este sentido, se puede afirmar que el principio puede ser concebido como un límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no-autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados.

Esta interpretación, sin embargo, haría innecesario el principio del interés superior del niño, ya que lo único que expresaría es que las autoridades se encuentran limitadas en sus decisiones por los derechos fundamentales de los niños, asunto del todo evidente –aunque no por ello respetado– considerando la adhesión de las constituciones liberales al principio que establece que la soberanía se encuentra limitada por los derechos de las personas. Sin embargo, al margen de otras funciones adicionales que el principio puede cumplir, la historia de la relación de la infancia con el sistema de políticas públicas y de justicia revela que esta reafirmación no es para nada superflua, sino que es permanentemente necesaria debido a la tendencia generalizada a desconocer los derechos del niño como un límite y una orientación a las actuaciones de las autoridades y los adultos en general.

Un mecanismo eficaz para fortalecer el principio de primacía de los derechos y evitar que se produzcan interpretaciones que entiendan el artículo tercero de la Convención como una mera orientación que ampliaría las facultades discrecionales, es consagrar una precisa definición del interés superior del niño como la satisfacción de sus derechos en todas las legislaciones nacionales que pretendan otorgarle efectividad y exigibilidad a los derechos consagrados a la Convención.

Cualquier otra definición, ya sea de base bio-psicosocial como la que identifica el interés superior con alcanzar la madurez, o jurídica, identificándolo con la obtención de la plena capacidad, dificulta la aplicación de los derechos, resta valor y eficacia a los catálogos de derechos que se reconozcan.

Hecha esta salvedad, señalaré que una concepción garantista del principio no sólo supera estas dificultades, sino que muestra la profunda utilidad del principio del interés superior del niño en el contexto de una nueva legislación de la infancia y adolescencia basada en el reconocimiento de los derechos de los niños.

7. Función del interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

Además del cometido principal ya desarrollado consistente en limitar y orientar todas las decisiones según los derechos de los niños, expondré a continuación otras importantes funciones que cumple el principio tal cual se encuentra formulado en el artículo tercero de la Convención.

7.1 Carácter interpretativo

Sin duda el aporte más específico del artículo tercero es de carácter hermenéutico. En primer lugar, cumple una función hermenéutica dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia/adolescencia en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño.

Los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño. Durante la infancia/adolescencia la interdependencia de los derechos se hace más evidente que en otras etapas de la vida. La noción de interés superior refiere a ese conjunto sistemático y apoya una interpretación holística de la Convención.

En segundo término permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. El principio supone que los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden

producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño.

En estos casos el principio permite "arbitrar" conflictos jurídicos de derecho. La propia Convención en diferentes situaciones de esta naturaleza toma una decisión –establece un orden de prelación de un derecho sobre otro– para luego relativizarla o dejarla sujeta al "interés superior del niño". El ejemplo más característico está dado por el artículo 9 de la Convención, relativo a la separación de los niños de sus padres, para defender otros derechos como la vida o la integridad producto de malos tratos; otro caso es el artículo 37 relativo a la privación de libertad en recintos separados de los adultos "a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño", en el que la Convención toma una decisión –otorga una garantía– pero deja abierta la posibilidad (judicial) de tomar una resolución diferente atendida la circunstancia de que se afecte, en el caso particular, algún otro derecho del niño que justifique modificar la regla. Es evidente que este tipo de soluciones propuestas en algunos artículos de la Convención pueden aplicarse a otros casos similares en que aparezcan conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

En síntesis, el principio del interés superior del niño permite resolver "conflictos de derechos" recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto. Para evitar un uso abusivo sería conveniente establecer en la legislación nacional ciertos requisitos para la utilización del principio para resolver conflictos entre derechos como la reserva judicial y la exigencia de que, para poder resolver la primacía de un derecho sobre otro, se pruebe, en el caso concreto, la imposibilidad de satisfacción conjunta.

También debe establecerse que, especialmente en el ámbito de las garantías frente al sistema de persecución de infracciones a la ley penal, se restrinja absolutamente la posibilidad de aplicar medidas en razón del "interés superior del niño" que puedan afectar su derecho a la libertad personal o su integridad. Finalmente, algunos autores como Parker sugieren que el "interés superior del niño" puede servir de orientación para evaluar la legislación o las prácticas que no se encuentren expresamente regidas por la ley. Es decir, permitiría llenar algunos vacíos o lagunas legales, tanto para la promulgación de nuevas leyes como para tomar decisiones en casos en que no existe norma expresa.

7.2 Prioridad de las políticas públicas para la infancia: interés del niño e interés colectivo

Como se ha señalado reiteradamente, la formulación del artículo tercero de la Convención proyecta el interés superior del niño hacia las políticas públicas y la práctica administrativa y judicial. Esto significa que la satisfacción de los derechos del niño no puede quedar limitada ni desmedrada por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés colectivo.

Cuando la Convención señala que el interés superior del niño será una consideración primordial para la toma de decisiones que le afecten, sugiere que el interés del niño –es decir, sus derechos– no son asimilables al interés colectivo; por el contrario, reconoce que los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y que los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario.

Una correcta interpretación del precepto lleva a entender que en todas las decisiones los derechos de los niños deben primar por sobre otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos. Por ejemplo, el derecho a la educación no puede ser desmedrado por intereses administrativos relativos a la organización de la escuela, o a los intereses corporativos de algún grupo determinado.

En el caso de conflicto entre los derechos del niño y los derechos de otras personas, como por ejemplo en las infracciones a la ley penal, los derechos del niño deberán tener una primacía no excluyente de los derechos de los terceros. Es materia de resolución de cada Estado el grado de prioridad que otorga a la infancia en un sistema social donde los diversos grupos "compiten" por recursos escasos, sin embargo, la Convención exige considerar con alguna prioridad a la infancia. En este sentido parece adecuada la solución de la Constitución del Brasil que señala una prioridad absoluta referida a las materias más importantes y otorga, para éstos y otros asuntos, la posibilidad de acciones de interés público que pueden ejercerse contra la autoridad en caso de no respetarse la prioridad de la infancia.

7.3 ¿Cómo aplicar el principio?: integralidad, máxima operatividad y mínima restricción de los derechos del niño

El interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, descontado el principio de progresividad contenido en el artículo cinco de la Convención. El concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o "nivel de vida adecuado" (art. 27.1 de la Convención).

Por ello una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.

La aplicación de esta regla justifica, por ejemplo, la disminución al mínimo posible –siempre perfectible– de la intervención a través de recursos "penales" sobre la adolescencia y la absoluta excepcionalidad de la medida de separación del niño de su entorno familiar; en efecto, este tipo de medidas, que afectan la libertad personal y el medio de desarrollo del niño, obstaculizan severamente el ejercicio no sólo de los derechos expresamente privados, sino

también, de un conjunto de otros derechos que se hacen imposibles de satisfacer en privación de libertad o del medio familiar. Este es el fundamento para señalar que la privación de libertad y del medio familiar son excepcionales y medidas de último recurso.

Pero, incluso, en estos casos se deben proveer todos los mecanismos para que el niño pueda ejercer los derechos que expresamente no se le han privado. Así, el adolescente privado de libertad por haber cometido un grave delito contra la integridad física o la vida de otra persona, tendrá derecho a que se le satisfaga su derecho a la educación; también el niño separado de uno o ambos padres tendrá derecho a que se le asegure la posibilidad de "mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño" como dispone el art. 9.3 de la Convención.

7.4 El interés superior del niño y las relaciones parentales

Es sabido que uno de los ejes fundamentales de la Convención es la regulación de la relación niño-familia, y en particular niño-padres; numerosas disposiciones regulan la materia. Los artículos 5 y 18 reconocen el derecho de los padres a la crianza y la educación y, a su vez, el derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva de acuerdo a la "evolución de sus facultades".

Por su parte, uno de los aportes de la Convención ha sido extender la vigencia del principio garantista del interés superior del niño, más allá de los ámbitos legislativos (como la Declaración de 1959) o judicial (como lo disponen numerosas legislaciones en materia de familia), sino extenderlo hacia todas las autoridades, instituciones privadas e incluso los padres.

Así el artículo 18, luego de reconocer el derecho y responsabilidad de los padres a la crianza y la educación y el deber del Estado de garantizarlo y apoyarlo, señala que los padres ejercerán sus funciones de acuerdo a una orientación fundamental: el interés superior del niño (art. 18.1). Esta disposición debe interpretarse en conjunto con el artículo quinto que señala que el objetivo de las facultades de orientación y dirección de los padres es "que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención" de acuerdo a la evolución de sus facultades. Al intentar una interpretación sistemática de las dos disposiciones es claro que los derechos y responsabilidades de los padres, en relación a la orientación y dirección de sus hijos, tienen por objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo. Es decir, se confirma la equivalencia entre ejercicio de los derechos del niño e interés superior.

El Estado tiene el deber de apoyar a los padres en este rol, pero también el deber de garantizar a los niños que su crianza y educación se dirija hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes/deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior.

8. Conclusión

De las ideas expuestas se desprende que desde la ratificación de la Convención existe una absoluta equivalencia entre el contenido del interés superior del niño y los derechos fundamentales del niño reconocidos en el Estado de que se trate. De este modo es posible afirmar que el interés superior del niño es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos.

Por su parte, la formulación del principio en el artículo tercero de la Convención permite desprender las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.

NOTAS

¹ Cfr. Peces-Barba, G., *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1987.

² Alston, Philippe (ed.), *The Best Interests of The Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford University Press, 1994.

³ Larraín, J., *Modernidad, Razón e Identidad en América Latina*, Andrés Bello, Santiago, 1996.

⁴ Bidart-Campos, Germán, *Teoría General de los Derechos Humanos*, Universidad Autónoma de México, 1993.

⁵ Goonesekere, S., *the Best interests of The Child: South Asian Perspective*, en Alston, *op. cit.*

⁶ Cfr. Rubellin-Devich, *The Best Interests Principle in French Law and Practice*, en Alston, *op. cit.*

⁷ Cillero, Miguel, *Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la infancia y Adolescencia en Chile* en Pilotti, Francisco (ed.), *Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile*, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994, págs. 75-138.

⁸ García Mendez, Emilio, *Derecho de la Infancia y la Adolescencia: de la Situación Irregular a la Protección Integral*, Santa Fe de Bogotá, Forum Pacis, 1997.

⁹ Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 2a. ed., 1989.

¹⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1995.

BIBLIOGRAFÍA

Alston Ph. Editor. "The Best Interests of The Child: Reconciling Culture and Human Rights". Oxford University press, 1994.

Alston, Ph., Bridget Gilmour-Walsh. "El Interés Superior del Niño. Hacia una Síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales" Unicef, Argentina, 1996.

Alvarez-Vézlez, M.I. "La Protección de los Derechos del Niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español". Facultad de Derecho-ICADE. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994.

An-Na'Im, A. "Cultural Transformation and Normative Consensus on The Best Interest of The Child" en Alston, op. cit.

Bidart-Campos, G. "Teoría General de los Derechos Humanos" Universidad Autónoma de México, 1989.

Cillero, M. "Leyes de Menores, Sistema Penal e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos" en "Sistema Jurídico y Derechos Humanos" C. Medina y J. Mera editores. Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 1996.

----- "Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la infancia y Adolescencia en Chile", en "Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile" F. Pilotti coordinador. Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994, pp. 75-138.

Detrick, Sh. "The United Nations Convention on The Rights On The Child". Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1992.

Dworkin, R. "Los Derechos en Serio". Ariel Derecho, Barcelona, 2a. ed. 1989.

Ferrajoli L. "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal". Ed. Trotta, Madrid 1995.

García Méndez E. "Derecho de la Infancia Adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral". Forum Pacis, Bogotá 1994.

Goonsekere, S. "The Best interests of The Child: s South A sian Perspective" En Alston, op. cit.

Himes, J. "Implementing The Convention On The Rights Of The Child" Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1995.

Larraín, J. "Modernidad, Razón e Identidad en América Latina". Ed. Andrés Bello, Santiago, 1996.

Lytard, J.F. "La Condición Postmoderna". Ed. Cátedra, Madrid, 1994. O'Donnel, D. "La Convención sobre los Derechos del Niño: Estructura y Contenido". Revista Infancia No. 230, Tomo 63. Julio de 1990. Boletín del Instituto Interamericano del Niño, 1990 Montevideo pp. 11-25.

Parker, Stephan "The Best Interests of the child- Principles and Problems", en Alston, op. cit.

Peña, Carlos "El Derecho Civil en su Relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en C. Medina y J. Mera, op. cit.

Peces-Barba G. "Derecho Positivo de los Derechos Humanos". Ed. Debate, Madrid 1987.

Rubellin-Devich, J. "The Best Interests Principle in French Law and Practice" En Alston op. cit.

Veerman, Ph. "The Rights of The Child and The Changing Image of Childhood", Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1992.

LECTURA 2

Tomada de: Gustavo Zagrebelsky, "*Incursus: el caso Serena*", en *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 8ª ed., Madrid, Trotta, 2008, pp. 140-144.

4. Incursus: *el caso Serena*

Intentaremos esclarecer la fuerza condicionante de las valoraciones que preceden y orientan la búsqueda de la regla, utilizando para ello un caso que acertadamente puede definirse como crítico y que ha dividido a la opinión pública —desde el hombre de la calle hasta el presidente de la República— en dos «partidos» netamente identificados por opuestas tomas de posición de sentido y de valor¹⁹.

El asunto era el siguiente: una niña nacida en un país lejano fue traída ilegalmente a Italia y un matrimonio la tenía consigo como hija. La situación de hecho era ilegal, pero ya se había prolongado durante más de un año mediante las estratagemas usadas por los cónyuges (primero una falsa declaración de paternidad natural del hombre y luego la solicitud de adopción o de acogimiento) con la evidente intención de consolidarla y hacer cada vez más difícil la separación de la niña.

Era indiscutible —de un lado— la ilegalidad de la situación, pero también era indiscutible —de otro lado— que se había constituido un lazo afectivo entre la niña y su nueva familia. ¿Qué se podía hacer? ¿Dejar a la niña donde estaba, buscando la forma de sanar la ilegalidad, o acabar con ésta, alejando a la niña de la familia e iniciando los procedimientos para que fuese adoptada por otros cónyuges? Desde luego era un importante y angustioso dilema. ¿Se puede hacer sufrir a una sólo persona, a un sólo niño, es decir, al ser menos culpable, en atención a una razón de orden general? Más aún, ¿se puede fundar el bien de muchos o de todos sobre la infelicidad de un sólo inocente?

La legislación dejaba márgenes de maniobra al intérprete. Quien hubiese actuado ilegalmente para introducir a un menor extraño en el núcleo familiar perdía por eso mismo el derecho de solicitar la adopción. Sin embargo, como posibilidad residual y con efectos más limitados, estaba prevista la «adopción en casos especiales», un supuesto que permitía superar las limitaciones de la adopción ordinaria cuando el menor, por diversos motivos, se encontrase en condiciones objetivas que impidieran de hecho dicha adopción ordinaria. Esta posibilidad (prevista por razones de edad, de minusvalía, etc., de los menores) había sido objeto de aplicaciones extensivas. Las exigencias de los casos concretos habían empujado en esta dirección. Soportando las críticas de quienes temían que ello constituyese un estímulo al tráfico de menores, se había admitido excepcionalmente la posibilidad de adopción para los adultos que hubiesen violado la ley cuando ya se hubieran producido tan profundos lazos afectivos con el niño que su interrupción fuese para él causa de grave turbación. En este caso, se consideraba más importante la protección de los menores que la ilegalidad del comportamiento de los mayores²⁰.

Los jueces de menores han rechazado esta interpretación más amplia, y lo han hecho poniendo lealmente al descubierto (es decir, sin esconderse tras la pantalla que proporciona un mero discurso técnico sobre la ley) los

motivos de fondo sobre los que se basaban su decisiones, los motivos que habían orientado su interpretación.

Simplificando un poco las cosas, puede decirse que en el caso cabían dos significados sociales distintos. Había un intento de «hecho consumado» por parte de los adultos, que tal vez tuviera su origen en un acto de comercio cuyo objeto fue la niña. En este caso, el «sentido» de la historia venía determinado por el comportamiento de los adultos. Pero también se podía (y se debía) contemplar la otra cara del asunto, es decir, la integración ya realizada, aunque ilegal, de una niña en una familia. Aquí, el sentido de la historia venía dado por la situación de la menor.

Naturalmente, los dos «partidos» que se habían formado estaban dispuestos a reconocer la existencia de los dos significados. Pero la necesidad de hacer prevalecer uno u otro hacía inconciliables ambas posiciones. Quienes subrayaban la mala acción de los adultos tenían que considerar secundaria, y por tanto sacrificable, la posición de la niña; quienes se preocupaban por la situación de la niña tenían que considerar secundaria, y por tanto perdonable, la mala acción de los adultos. Fuese cual fuese la solución elegida, se tendría que sacrificar un «sentido» de la historia al otro.

Los valores en juego, por otra parte, conducían igualmente a una elección entre soluciones contrarias.

Por cuanto historia de adultos, lo que parecía deseable era desincentivar el comercio de niños, impidiendo que los responsables de la violación de la ley obtuviesen ventaja de la violación misma. A tal fin, era preciso encontrar en el ordenamiento la regla que impidiera a los adultos alcanzar su objetivo y tal regla no podía ser otra que la que imponía la separación de la niña. Lo que particularmente preocupaba e inquietaba era el hecho de que, de ese modo, un ser humano, además completamente inocente, viniese usado como medio, aunque fuese con el fin de tutelar a otros seres humanos, víctimas potenciales del mismo tipo de comercio.

Por cuanto asunto de la niña, el valor en juego era evidentemente su tranquilidad espiritual, evitarle el trauma de separarse de la familia que de hecho se había constituido en torno a ella. Para defender este valor debía buscarse en el ordenamiento la regla que, de un modo u otro, permitiera a la niña quedarse donde estaba. Lo que aquí, en cambio, producía inquietud era que una eventual decisión en ese sentido pudiese constituir un estímulo para la importación ilegal e incontrolada de menores en Italia. La protección de la pequeña, como fin, habría podido derivar en un peligro futuro para muchos otros pequeños como ella.

Esto resume lo esencial, dejando al margen otros aspectos no menos importantes que, sin embargo, han desempeñado un papel secundario en la orientación de la decisión.

Los jueces han seguido la primera vía. Démosles la palabra²¹.

En primer lugar, una importantísima precisión de orden general sobre la posición del juez, ni siervo pasivo de la opinión pública ni de la ley:

... permítase hacer referencia a un punto de partida que puede parecer frío y formalista, pero que constituye un elemento esencial en el ordenamiento constitucional. Los jueces solamente están sujetos a la ley (art. 101, cpv. Cost.). Y deben aplicar la ley en conciencia, incluso a riesgo de ganar impopularidad... Cuando los jueces advierten que la ley es injusta, plantean la cuestión de legitimidad constitucional, abriendo así la posibilidad de que esa ley sea anulada. Pero cuando los jueces están convencidos en conciencia de que la ley es justa, deben aplicarla con fidelidad, incluso yendo contra corriente. Las sentencias y las resoluciones judiciales no pueden ser fruto de la emoción popular, y mucho menos de presiones o amenazas. Y justamente por ello la Constitución se preocupa de proteger a los jueces frente a presiones y chantajes para que puedan ser verdaderamente independientes en sus decisiones. La independencia de los jueces es un valor importantísimo para toda la colectividad. Esto no significa que el juez esté autorizado a encerrarse en un desdénso aislamiento. Antes al contrario, como tiene encomendada la difícil y tremenda tarea de aplicar la ley del Estado, querida por el Parlamento en aras del bien colectivo, el juez debe ser un «servidor» del bien colectivo. Sabe que en ciertas situaciones cualquier decisión será criticable, porque cualquier decisión presentará aspectos negativos junto a los aspectos positivos. Sabe que no tiene el monopolio de la verdad y vive con dramatismo sus decisiones, especialmente en un caso como éste, que es un caso difícil porque afecta a una niña de tres años, indefensa e inocente. El «nudo» que esta historia ha planteado a los jueces es, a primera vista, el del conflicto entre el interés de la «persona» y el interés de la ley (entre «el hombre» y el «sábado», según la vívida imagen evangélica).

Después, el encuadramiento general del «caso», como manifestación de un peligroso y extendido fenómeno de mercantilización de jóvenes vidas:

Es preciso ser consciente de que a través de falsos reconocimientos de paternidad natural se lleva a cabo, en Italia y en el resto del mundo, un vasto y lucrativo tráfico de niños. Quien quiere obtener un niño sin pasar por los controles establecidos por la ley (controles que han sido previstos para defender a los niños e impedir que se conviertan en objetos de mercado, en mercancías) recurre a mediadores o directamente a una mujer embarazada dispuesta a vender a su hijo: pagando cuanto sea preciso, obtiene un niño, lo reconoce como su hijo natural y el juego ha terminado. Los Tribunales de menores vigilan mucho este fenómeno, porque en él está en juego el destino de muchos niños. Y la ley contiene normas dirigidas a combatir los falsos reconocimientos.

Por consiguiente, la adhesión al espíritu de la ley o, mejor aún, a una visión particular de la misma como instrumento para combatir el mencionado fenómeno social²² (mientras que, dicho sea de paso, el «partido» contrario ponía el acento en la protección del interés específico del menor, que ciertamente es otro de los fines de la ley):

En un país como el nuestro, donde los «pillos» tienen vía libre y donde abundan los perdones y amnistías, la gente no acierta a entender por qué los jueces no pueden hacer una excepción en un caso semejante.

La respuesta es simple, aunque no fácil.

Hay en Italia una ley previsor y avanzada que protege a los niños contra los fraudes, explotaciones, mercantilizaciones por parte de los adultos... Todo ataque a esta ley es un ataque a los niños y a los mecanismos para su protección. Toda indulgencia con el

fraude es un estímulo a los defraudadores, a quienes especulan con niños, a quienes comercian con ellos...

Finalmente, el apasionado y elevado énfasis en la dimensión general del caso:

No se trata de un desencuentro entre «amor» y «burocracia», entre los «buenos», que invocan las razones del «corazón», y los «malos», que ejercitan un poder injusto e insensible. Aquí está en juego el interés de muchos niños. También es «amor» y «justicia» el procurar la protección de todos los niños... La resolución del Tribunal de menores... pretende dejar claro que no hay salvación para el fraude a esta ley, ni escapatoria, ni remedio posible; que los jueces no pueden hacer excepciones cuando la ley no las prevé; que cualquiera que pretenda instrumentalizar a los niños con falsos reconocimientos o con mentiras de análogo tipo no podrá contar con «perdones» y no podrá aprovecharse del «hecho consumado» para alegar «derechos».

Serena no es «hermana» sólo de N. [hijo de la pareja]. Es «hermana» de otros muchos niños, cuyo destino no puede ser puesto en peligro por la solución del «caso». Los jueces son profundamente conscientes de esto y sienten que tienen encima una gran responsabilidad. Se dan perfectamente cuenta de los pliegues humanos del caso; pero no creen, en conciencia, poder decidir de otro modo. No pretenden tener el monopolio de la verdad. Han meditado mucho, porque el caso es delicado, difícil, lacerante. Han concluido que su deber consiste en decidir teniendo en cuenta no sólo a Serena, sino a los muchos niños a quienes esta ley está destinada a proteger.

Naturalmente, en otras partes de las decisiones se afronta también la posición concreta de la niña que había dado lugar al caso. Con alguna vacilación, se sostiene que de la decisión de separación, claro está, podría derivar sufrimiento, pero que en cualquier caso la responsabilidad debía recaer en el comportamiento irresponsable de los adultos y que, a largo plazo, la solución por la vía ordinaria (es decir, mediante una adopción regular por otra pareja que reuniera los requisitos previstos por la ley) redundaría en interés de la propia niña, pues sólo así se le podría garantizar un pleno «estado familiar». Con todo, es evidente que estos argumentos servían para reforzar los otros generales indicados más arriba.

La historia que se ha referido a grandes rasgos demuestra con claridad que la solución judicial al caso depende de la asunción de criterios de sentido y de valor que precede a la interpretación de los textos legislativos. Demuestra, además, la interrelación entre las categorías de sentido y de valor utilizadas, entre las que no se sabría establecer una prioridad de efectos. Pone en claro también que se ha acudido a la ley sabiendo ya lo que se quería encontrar en ella y que, en caso de no haberlo encontrado, se habría podido plantear una cuestión de inconstitucionalidad.

Quizás podría haberse esperado algo más sobre la argumentación en términos de derecho positivo de los criterios generales que han servido de base a la actuación de los jueces. En efecto, por más que existiese una absoluta evidencia axiológica en las premisas sobre la necesidad de combatir el comercio internacional de niños, no era en absoluto evidente que para ello

se pudiera poner en peligro un bien específico y actual de la niña (peligro que los jueces, a pesar de minimizar, no negaban). Éste es el punto sobre el que se produjo el choque frontal y no mediado jurídicamente entre los dos «partidos».

Precisamente en este punto podría haber tenido cabida una argumentación «de principios», vinculada al derecho vigente y atisbada en el pasaje donde se dice que la niña es «hermana de» todos los niños que podrían llegar a ser objeto de tráfico ilícito. El principio de solidaridad (traducción en términos cristiano-católicos de la «fraternidad» ilustrada) es un principio constitucional de alcance fundamental. De querer extraer consecuencias concretas de él, esta expresión algo dulzona muestra toda su crudeza y su tragedia. El deber de solidaridad significa que se puede endosar a alguien una carga en atención al bien de otro. En el fondo, la decisión del «caso Serena» ha supuesto justamente esto: para proteger a muchos niños se ha admitido un peligro para el bien de una niña.

En líneas generales, el principio constitucional de solidaridad parece admitir que la balanza pueda inclinarse en este sentido. Estructuralmente, no son distintos otros casos igual o más trágicos que éste, en los que el coste para la consecución de un cierto bien colectivo no se puede distribuir sobre toda la sociedad, sino que necesariamente recae por entero sobre una o unas pocas personas. Cuando se discute si en el caso del secuestro de una persona con fines de extorsión es lícito impedir contactos entre los parientes del secuestrado y los secuestradores, o si en el caso de acciones terroristas que utilizan la amenaza a la vida de alguien como instrumento para presionar al Estado es lícito abandonar a la víctima a su suerte, el problema es cualitativamente análogo. El intento de impedir que los criminales consigan su objetivo y de desincentivar crímenes similares en el futuro, ¿legítima que los costes inmediatos a pagar se concentren sobre personas particulares?

El principio constitucional de solidaridad permite al menos situar el comienzo de la discusión en el ámbito de un valor objetivo y sustraerla a la pura pasión subjetiva. Con todo, el principio aún no encierra la solución, siendo evidente la importancia que tienen en ella las valoraciones concretas: sobre todo, la comparación del bien general que se quiere alcanzar con la entidad del bien individual puesto en peligro. El derecho «por principios» muestra así con claridad su esencial dimensión concreta y la ineludible llamada que contiene a la prudencia de quien debe hacerlo vivir sin embalsamarlo o hacerlo absoluto como un fetiche.

LECTURA 3

Tomada de: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, "El principio del interés superior", en *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del menor* (DIS), Ginebra, ACNUR, mayo de 2008, pp.12-23.

1

EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR**1. El marco jurídico internacional****1.1. La Convención sobre los Derechos del Niño**

La **Convención sobre los Derechos del Niño** (CDN) ¹ de 1989 es el principal instrumento jurídico internacional de protección de los menores. Incorpora cuatro principios generales:

- El interés superior del niño será una consideración primordial a que se atenderá en todas las medidas concernientes a los niños (Artículo 3).
- No habrá discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición (Artículo 2)
- Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida y garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño (Artículo 6)
- Debe garantizarse a los niños el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez. (Artículo 12).

Además de estos cuatro principios, la CDN establece numerosos derechos fundamentales que incluyen, *inter alia*, la necesidad de proteger a los niños del abuso, la explotación y el trato negligente y la importancia del desarrollo físico e intelectual del niño. También dedica una atención especial al papel de la familia en la prestación de cuidados al niño, así como a las necesidades especiales de protección de los menores privados de su entorno familiar y de aquellos solicitantes de asilo y refugio.

El empleo de la expresión "interés superior" en la CDN

El término "interés superior" hace referencia, en líneas generales, al bienestar del menor. Dicho bienestar depende de múltiples circunstancias personales, tales como la edad y el grado de madurez, la presencia o ausencia de los padres, el entorno del menor y de sus experiencias. Su interpretación y aplicación debe hacerse de acuerdo con las normas de la CDN y otras normas jurídico internacionales, así como a tenor de las directrices del Comité de los Derechos del Niño en su Observación General núm. 6 (2005) sobre el trato a los menores no acompañados y separados fuera de su país de origen. La CDN no proporciona una definición precisa del interés superior del menor, ni esboza explícitamente sus elementos comunes, pero establece que:

- El interés superior debe ser **el factor determinante para acciones específicas**, especialmente la adopción (Artículo 21) y la separación del menor de sus padres contra su voluntad (Artículo 9);
- El interés superior debe ser **la consideración primordial** (aunque no la única) **para todas las demás acciones** que afecten al menor, sean emprendidas por instituciones de bienestar social, tanto públicas, como privadas, tribunales de justicia, autoridades administrativas o los órganos legislativos (Artículo 3).

1.2. Otras fuentes legales importantes

Es importante considerar todos los derechos del menor en el momento de determinar su interés superior. Además de las normas recogidas en la CDN, existen otros fundamentos legales, tanto internacionales como nacionales, que pueden influir en tales decisiones. De acuerdo con el Artículo 41 de la CDN, siempre deberán ser de aplicación las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño.

- **Los instrumentos internacionales y regionales** de relevancia incluyen los relativos a los derechos humanos generales, el Derecho internacional humanitario,² el Derecho de los refugiados³ y los instrumentos específicos sobre menores (ver el cuadro inferior). Son fuentes interpretativas válidas instrumentos de “*soft law*” tales como la ya mencionada Observación General núm. 6 (2005) del Comité sobre los Derechos del Niño y la Conclusión No.107 del Comité Ejecutivo del ACNUR (ExCom) sobre los menores en situación de riesgo.⁴
- **El Derecho y la jurisprudencia nacional** pueden proporcionar una orientación específica adicional sobre los principios generales expuestos en los instrumentos internacionales, y deben ser cuidadosamente analizados, teniendo presente, no obstante, que los principios del interés superior del menor elaborados a nivel nacional pueden resultar de aplicación específica a las disputas sobre custodia o solicitudes de adopción.

Otros instrumentos internacionales y regionales específicos sobre el niño:

- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, 2000;
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, 2000;
- Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, 1980;
- Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional y su Recomendación de 1994 relativa a su aplicación a los menores refugiados y a otros menores desplazados internacionalmente;⁵
- Convención sobre Jurisdicción, Ley Aplicable, Reconocimiento, Aplicación y Cooperación con respecto a la Responsabilidad Paterna y Medidas para la Protección de Menores, de 1996;⁶
- Carta Africana de los derechos y el bienestar del niño, de 1990;
- Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo núm. 182 (Convención sobre las peores formas de trabajo infantil, de 1993) y núm. 138 (Convención sobre la edad mínima de 1973).⁷

2. Sistemas globales de protección del menor

Un sistema global de protección del menor comprende leyes, políticas, procedimientos y prácticas dirigidas a prevenir y actuar de manera efectiva ante el abuso, el trato negligente, la explotación y el trato violento al menor. Es responsabilidad de los Estados el promover el establecimiento y la implementación de sistemas de protección del menor de conformidad con sus obligaciones internacionales. Los menores que se encuentren bajo su jurisdicción deben tener un acceso no discriminado a tales sistemas. El ACNUR y otras importantes agencias y socios pueden ayudar a los Estados fortaleciendo y complementando los sistemas nacionales de protección del menor en áreas donde existan lagunas.⁸

El siguiente cuadro 2 ilustra algunos elementos de un sistema global de protección del menor para menores refugiados no acompañados y separados. Éste incluye, *inter alia*, medidas para identificar a los menores no acompañados y separados, mecanismos de registro sensibles a las necesidades del niño, el nombramiento de un tutor, la prestación de cuidado temporal y vigilancia, la determinación de la condición de refugiado, documentación personal, búsqueda y comprobación de relaciones familiares, reunificación familiar, identificación e implementación de soluciones duraderas.

En la realización de cualquiera de estas acciones, debe prestarse el debido respeto al principio del interés superior del menor. Ello requiere el establecimiento de mecanismos para identificar el interés superior como parte de un sistema global de protección del menor dirigido a reforzar ésta en los supuestos de menores en riesgo.

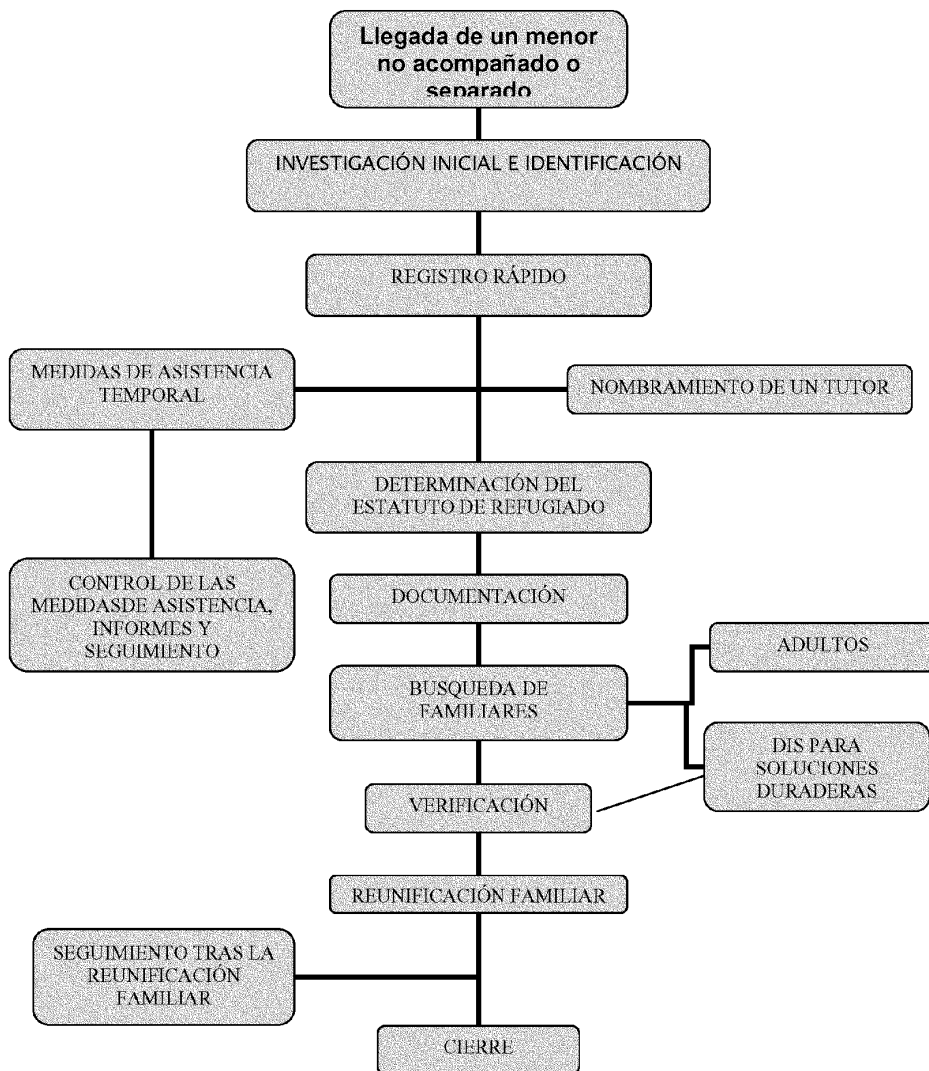
La disponibilidad de los elementos clave de un sistema de protección del menor, especialmente, de las tareas de registro y de documentación adecuadas, también facilitará la determinación del interés superior del menor. Como se explica en Directrices generales inter-agenciales sobre niños separados y no acompañados, deben dedicarse el tiempo y los recursos adecuados para llevar a cabo el proceso de recogida de información y afrontar las necesidades específicas del menor. Este proceso, también conocido como documentación, debe ser una continuación del registro. Debe comenzar en la etapa inicial y proseguirse por quienes, mediante el contacto continuado con el menor, puedan obtener información ulterior.⁹

También es recomendable documentar la implementación y la supervisión del sistema de protección y establecer un historial individual para cada menor no acompañado o separado. Deben valorarse cuidadosamente los posibles riesgos de seguridad derivados de la recopilación de la información y ser adoptadas medidas para su salvaguardia.¹⁰ Este proceso de recopilación y almacenaje de información asegura que la realización de la DIS lleve menos tiempo, y reduzca el número de entrevistas con el menor a través de las cuales, habitualmente, se recoge la información.

Cuadro 2

Elementos de un sistema global de protección del menor para menores refugiados no acompañados y separados

IDENTIFICACIÓN Y RESPUESTA PARA PREOCUPACIONES ESPECÍFICAS DE PROTECCIÓN



3. Cómo aplicar el principio del interés superior

3.1 Ámbito del principio

El ACNUR se halla comprometido con la protección y promoción de los derechos de los menores, incluidos los adolescentes, que se encuentran bajo su mandato.¹¹ El ACNUR se rige, al efecto, por los derechos y principios consagrados en la CDN. El principio, surgido del Artículo 3 de la CDN, que establece que el interés superior del menor constituirá una consideración primordial, debe, por tanto, ser aplicado de manera sistemática en cualquier actuación del ACNUR que afecte a menores bajo su mandato. Se aplica a actuaciones que afecten a los menores en general o a grupos específicos de menores, así como, en aquellos casos, de menores individuales bajo su mandato.

- Con respecto a **acciones que afecten a niños en general o a grupos específicos de menores** bajo su mandato, tales como, la recogida de datos, la planificación, la asignación de recursos, la implementación de proyectos, la supervisión o ejecución de directrices y políticas, el principio del interés superior requiere que se preste la debida atención a su situación específica y a los riesgos de protección. Las medidas comprenderán: la consulta a los menores mediante evaluaciones participativas sistemáticas, ajustadas a la edad y sensibles al género; la recopilación de datos por sexo y edad; la consideración prioritaria del interés superior del menor en la asignación de recursos; la inserción en las directrices de aspectos específicos del menor; políticas, planes operacionales sobre el terreno, acuerdos sobre sub-proyectos y procedimientos operativos normalizados; y otras muchas.
- Con respecto a **actuaciones relativas a menores** bajo el mandato del ACNUR, tales como la inscripción, la provisión de asistencia temporal, o la búsqueda de familiares, el principio del interés superior exige que el ACNUR evalúe, con carácter previo, cuál es el interés superior y haga de él una consideración primaria. Aunque importante para todos los menores bajo el mandato del ACNUR, los menores no acompañados y separados, requieren una atención especial a la hora de identificar su interés superior, dados los riesgos especiales a los que se enfrentan.

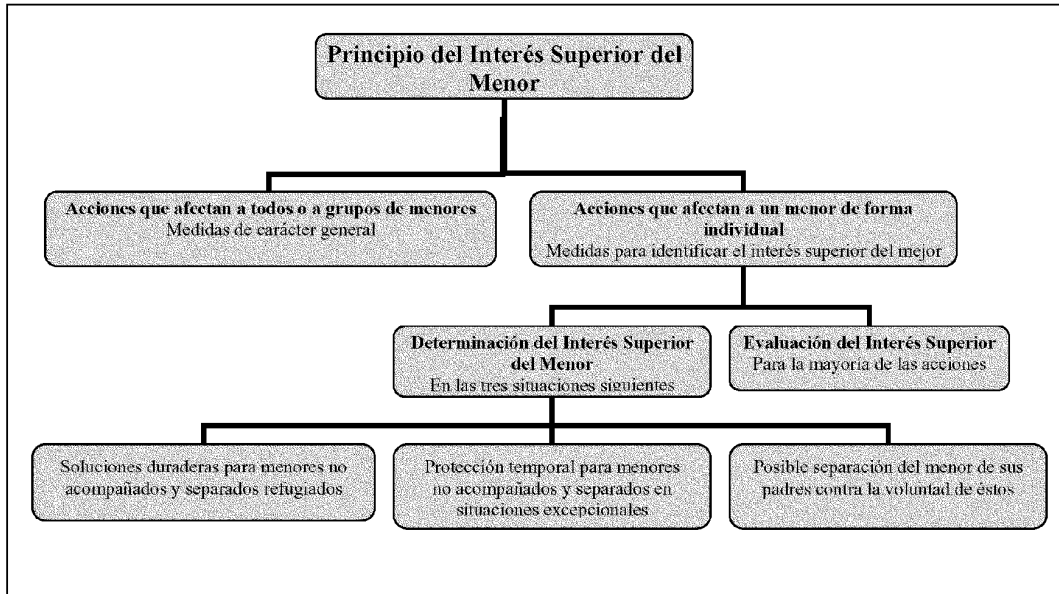
3.2. Acciones que afectan a un menor

En función de la importancia de la decisión concreta para el menor, deben hallarse establecidas diversas garantías procedimentales a fin de identificar la opción disponible más acorde con el interés superior. En el ámbito de la CDN, se requieren garantías procedimentales estrictas para la adopción (Artículo 21) y para las decisiones que conlleven la separación del menor de sus padres contra su voluntad, incluidas las decisiones sobre los derechos de paternidad y custodia (Artículo 9), que son competencia exclusiva de las autoridades nacionales competentes, tales como el cuerpo judicial, y se hallan sujetas a las garantías procedimentales previstas en el ordenamiento jurídico nacional. Además, el Comité de los Derechos del Niño ha especificado en su Observación General núm. 6 sobre menores no acompañados y separados fuera de sus países de origen, que las decisiones sobre repatriación y reasentamiento de menores requieren, asimismo, medidas de salvaguardia que aseguren el respeto del principio del interés superior del menor (CDN, Observación General núm. 6, párrafos 84 y 92-93).

El cuadro número 3 de la página siguiente resume la aplicación por el ACNUR del principio del interés superior. El ACNUR debe realizar una DIS, cuando son necesarias garantías procedimentales estrictas para asegurar que se presta la debida atención a la determinación del interés superior del menor. Este será el caso en tres supuestos especiales. En todos los demás, el interés superior del menor debe identificarse mediante una evaluación del interés superior.

Figura 3

La aplicación por el ACNUR del principio del interés superior del menor



3.3. La evaluación del interés superior

Salvo cuando sea necesaria una DIS, resulta esencial que se realice una evaluación del interés superior (ilustrada en el cuadro superior) antes de llevar a cabo cualquier actuación con respecto a un menor bajo el mandato del ACNUR. No requiere formalidades especiales y debe realizarse sistemáticamente en muchas de las situaciones que tienen lugar desde el momento de la identificación del menor como no acompañado o separado o en situación de riesgo, hasta que es implementada una solución duradera. Por ejemplo, debe realizarse antes de iniciar la búsqueda de familiares, o de proporcionarle asistencia temporal. La evaluación puede hacerse por una sola persona, o en consulta con otros. No precisa de las estrictas garantías procedimentales de una determinación formal, pero el personal debe tener la habilidad y el conocimiento necesarios.

En todos los casos, debe darse al menor la oportunidad de expresar sus puntos de vista. La evaluación debe, normalmente, ser documentada, especialmente si puede llegar a precisarse como referencia futura.

3.4. La determinación del interés superior (DIS)

La determinación del interés superior describe el proceso formal diseñado para determinar el interés superior del menor con respecto a decisiones especialmente importantes que le afectan, que requieren estrictas garantías procesales. El proceso debe asegurar la adecuada participación del menor sin discriminación. Debe atribuirse el peso debido a los puntos de vista

del menor de acuerdo con su edad y madurez. Debe involucrar a las personas expertas encargadas de tomar las decisiones en las diferentes áreas y equilibrar todos los factores relevantes para valorar la mejor opción.

Como se ilustró en el cuadro 3, el ACNUR contempla tres supuestos para realizar la DIS con respecto a menores que se encuentren bajo su mandato:

- la **identificación de soluciones duraderas** para menores refugiados no acompañados y separados;
- **las medidas de asistencia temporal** para menores no acompañados y separados que se encuentran en las situaciones excepcionales que se relacionan más abajo; y
- la posible **separación** de un menor de sus padres contra la voluntad de éstos.

En el capítulo 2 se indican más detalles relativos a estas tres situaciones. Las siguientes son algunas de las ventajas de la DIS:

- Asegura que se proporciona la protección y el cuidado específico al menor privado de la protección de su familia o que puede llegar a encontrarse en tal situación;
- Capacita al personal del ACNUR y a sus socios para evaluar globalmente la situación del menor, asegurando que las decisiones se correspondan con las disposiciones y el espíritu de la CDN, y otros instrumentos internacionales importantes;
- Permite que sea oída la opinión del menor y asegura que se atribuya el peso debido a sus puntos de vista de acuerdo con su edad, madurez y desarrollo;
- Ayuda, mediante la identificación de los vacíos de protección que afectan a menores individuales o a grupos que se encuentran bajo la responsabilidad de la Oficina; a controlar la eficiencia de las medidas previas; a abordar los vacíos detectados; y a emprender acciones correctivas si es necesario;
- Posibilita, cuando se desconoce la edad o surgen discrepancias al respecto, una evaluación global de la madurez personal que permite al ACNUR dar una respuesta apropiada;
- Impide, gracias a la implicación de personas con diversos conocimientos, que una persona aislada pueda adoptar decisiones que afectan de manera fundamental al menor;

Aunque las determinaciones las lleva, principalmente, a cabo el ACNUR para menores refugiados, también pueden ser aplicadas a menores apátridas si el ACNUR se encuentra implicado operacionalmente.

En los casos de situaciones de retorno y de desplazamiento internos, el ACNUR, junto con UNICEF y otros socios, debe trabajar con las Administraciones estatales competentes con el objeto de establecer y reforzar los sistemas de protección nacionales y asegurar un funcionamiento eficiente. Los procedimientos de determinación del interés superior llevados a cabo fuera del marco de los sistemas nacionales de protección del menor deben ser la excepción. En las operaciones de desplazamiento interno, especialmente cuando se aplica un enfoque grupal, la existencia de grupos de trabajo para la protección del menor (dirigidos, normalmente, por UNICEF) puede determinar, en consulta con dichos grupos de trabajo si, y

bajo que circunstancias, los sistemas nacionales de protección del menor deben ser complementados por procedimientos de DIS basados en estas Directrices.

Dónde encontrar orientación relativa al trabajo con menores no acompañados y separados:

- **Inter-Agency Guiding Principles on Unaccompanied and Separated Children** (ACNUR, UNICEF, CICR, IRC, Save de Children (RU), World Vision International) (Ginebra, enero, 2004). Versión disponible en castellano: Directrices generales inter-agenciales sobre niños y niñas separados y no acompañados <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3534.pdf>
- **Draft UN Guidelines for the Protection and Alternative Care of Children Without Parental Care** (presentado por Servicios Sociales Internacionales y UNICEF en colaboración con el grupo de trabajo no gubernamental Niños sin Cuidados Parentales), 2006; (Versión disponible en castellano : Directrices de Naciones Unidas sobre la protección y cuidados alternativos de las Niñas y Niños sin Cuidados Parentales)
-
- **Refugee Children: Guidelines on Protección and Care** (ACNUR, Ginebra, 1994). (Versión disponible en castellano: Los Niños Refugiados: Directrices sobre Protección y Cuidado. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0252.pdf>)
- **Working with Unaccompanied Children: A Community-Based Approach** (ACNUR, Ginebra, revisado en mayo, 1996).
- **Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum.** (ACNUR, Ginebra, 1997). (Versión disponible en castellano: Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al trato de niños no acompañados solicitantes de asilo (1997)
- **The Lost Ones. Emergency Care and Family Tracing for Separated Children from Birth to Five Years** (UNICEF), 2007;
- **The Separated Children in Europe Programme: Statement of Good Practice** (ACNUR e International Save the Children Alliance, Bruselas, tercera edición, octubre, 2004). (Versión disponible en castellano: Los niños separados en Europa: Declaración de buenas prácticas, http://www.savethechildren.net/separated_children_sp/good_practice/index.html)
- **Working With Separated Children, Field Guide. Training Manual and Training Exercises** (Save the Children, RU, Londres, 1999).
- **No Small Matter. Ensuring Protection and Durable Solutions for Unaccompanied and Separated Children** (Servicio luterano sobre inmigración y refugio), Baltimore, 2007.

4. El apoyo a los sistemas nacionales de protección del menor

La responsabilidad de implementar el principio del interés superior del menor es, ante todo del Estado, de conformidad con sus obligaciones jurídico internacionales. En el marco de sus respectivos sistemas de protección de menores, los Estados deben utilizar procedimientos apropiados para la consideración del interés superior del menor, que garanticen la adecuada participación de éste y la intervención de expertos relevantes, para determinar y valorar la mejor opción.¹²

El ACNUR y sus socios deben, por tanto, tratar de apoyar, y no de reemplazar, los sistemas nacionales de protección del menor en un clima de colaboración, “construyendo sobre las ventajas comparativas de cada actor para reforzar su impacto benéfico sobre la protección de los niños”.¹³

Cuando los Estados hayan establecido procedimientos apropiados para la consideración del interés superior del menor, o tengan la voluntad de hacerlo, el papel del ACNUR se orientará esencialmente a supervisar, capacitar y a promover el correcto funcionamiento de los mismos. El ACNUR, por ejemplo, puede:

- controlar la aplicación de garantías procedimentales en los términos establecidos por la CDN y el Derecho internacional;
- determinar, junto con las autoridades competentes, el UNICEF y otros socios, incluidas las principales ONGs que operan en el país, el apoyo que se requiere de la comunidad internacional para extender los sistemas nacionales de protección del menor a las personas bajo el mandato del ACNUR, o abordar los vacíos que se detecten;
- reforzar la capacidad de las autoridades estatales responsables y, en especial, los sistemas de protección de menores, para que implementen sus obligaciones de conformidad con la CDN (lo que puede incluir formación, asesoramiento jurídico internacional y servicios de interpretación y traducción);
- proporcionar, cuando proceda, asesoramiento en casos individuales.

Una DIS dirigida por el ACNUR, basada en estas Directrices, puede ayudar a complementar los sistemas nacionales de protección del menor en dos circunstancias precisas:

- como procedimiento excepcional de sustitución de las responsabilidades del Estado, cuando los sistemas nacionales para determinar el interés superior del menor no se encuentran razonablemente disponibles, o no resulten accesibles a los menores bajo su mandato (ver, por ejemplo, la sección 3 del capítulo 2, relativa a la separación del menor de sus padres); y
- para las acciones que el ACNUR emprenda por su cuenta, tales como, por ejemplo, la decisión de proponer, o no, para su reasentamiento a un menor refugiado no acompañado o separado, o apoyar su repatriación voluntaria.

Siempre que sea posible, el ACNUR debe hacer cuantos esfuerzos razonables sean necesarios para implicar a las autoridades estatales competentes en sus propios procedimientos de DIS, incluyéndolas como integrantes del panel de DIS y en el proceso de recogida de información. Ello estimulará el desempeño de un papel más activo y facilitará la

implicación gubernamental en la implementación de las decisiones adoptadas (por ejemplo, la expedición de un visado de salida en casos de reasentamiento).



EJERCICIOS

1. Enuncie los elementos que deberían tomarse en consideración, de acuerdo con la CDN, para determinar el bienestar de la o el niño.

2. Explique la importancia de la CDN, en relación con los instrumentos generales de protección de los derechos humanos dirigidos a las personas en general.

3. Mencione los principios estructurantes de la CDN, y sus consecuencias en la protección de los derechos de este sector.

4. Identifique el artículo de la CDN que menciona al principio del interés superior del niño y sus diferentes implicaciones conceptuales.

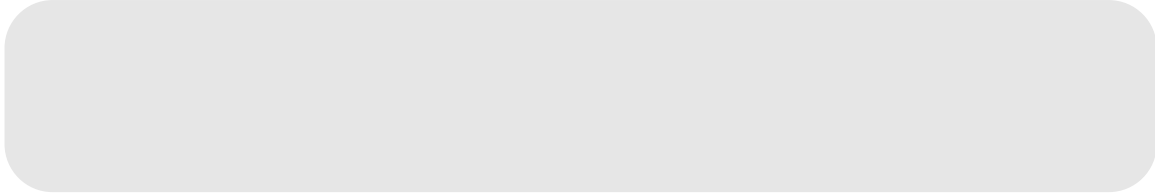
5. Refiera cuáles son las obligaciones que tiene un Estado respecto de la protección de las y los niños, que están consagradas en la CDN.

6. Explique quiénes se consideran sujetos obligados respecto de la protección de las y los niños, según la CDN; señale si son entes públicos o privados.

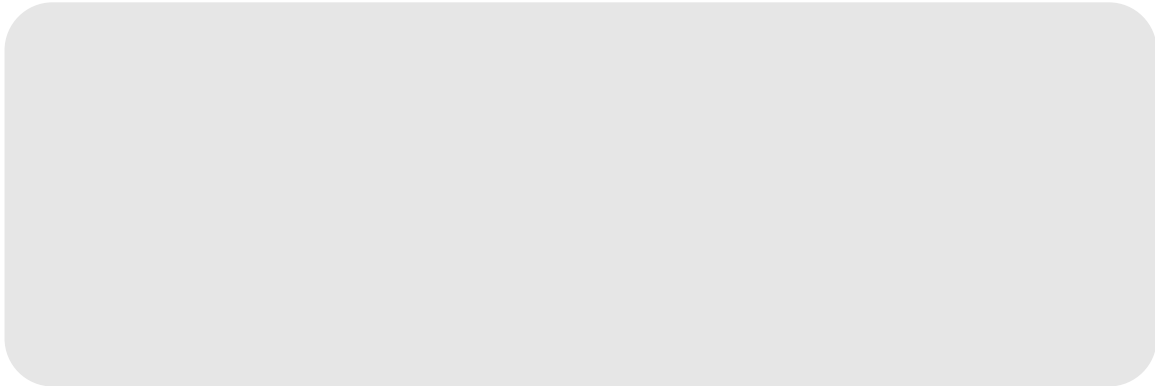
7. Señale si la legislación sobre la infancia-adolescencia constituye un mecanismo sustitutivo o complementario de protección de los derechos reconocidos a todas las personas.

8. Explique el concepto de interés superior del niño de acuerdo con lo expuesto por la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-17/02.

9. Describa las características que deben considerarse en la aplicación del principio del interés superior del niño.



10. De acuerdo con el caso práctico, exponga argumentos que contribuyan a su resolución en el marco de la protección del interés superior del niño.





AUTOEVALUACIÓN

1. Constituyen principios contenidos en la CDN:

- a) Dependencia y protección tutelar de las y los niños
- b) Maltrato y agresión hacia las y los niños
- c) Autonomía y participación
- d) Discriminación y violencia

2. El interés superior del niño reconoce a éste como:

- a) Simplemente un objeto de protección
- b) Un sujeto pleno de derechos con necesidades de protección especial
- c) Una entidad que no cuenta con derechos ni obligaciones
- d) Un valor en sí mismo que no puede comprenderse

3. Es el artículo de la CDN que consagra el principio del interés superior del niño:

- a) Artículo 1.1
- b) Artículo 25
- c) Artículo 3.1
- d) No se localiza en ningún artículo

4. Son características de la aplicación del principio del interés superior del niño:

- a) Máxima restricción y nula operatividad
- b) Beneficio para las personas adultas sobre las y los niños y egoísmo
- c) Integralidad, máxima operatividad y mínima restricción
- d) Todas las anteriores

5. Cuando deban tomarse medidas que afecten a las y los niños, las autoridades administrativas y/o judiciales deberán:

- a) Preguntar sólo a los padres de las y los niños
- b) Actuar discrecionalmente, anteponiendo su propia concepción del interés superior del niño
- c) Preguntar a las instituciones de beneficencia si están de acuerdo
- d) Consultar la opinión de la o el niño sobre la situación que se pretende resolver, atendiendo a su desarrollo físico y mental

6. Las disposiciones sobre la protección del interés superior del niño en un sistema nacional cumplen con las siguientes funciones:

- a) Reforzar el carácter tutelar del Estado y la nula validez de la opinión de las y los niños
- b) Establecer que los derechos en realidad son de las personas adultas y las y los niños sólo son destinatarios de su protección
- c) Establecer derechos propios de las y los niños, teniendo presentes sus circunstancias de vida y madurez
- d) Permitir a las autoridades que tengan injerencias autoritarias para resguardar su propia concepción de bienestar de las y los niños

7. La aplicación del interés superior del niño requiere que las autoridades:

- a) Traten a las y los niños como personas adultas
- b) Sean las mismas que atienden los casos de personas adultas
- c) Tengan habilidades y conocimientos especializados para la atención de las y los niños
- d) Ninguna de las anteriores

8. La privación de la libertad y del entorno familiar constituyen medidas:

- a) De uso general que deben anteponerse a otras
- b) Deseables para garantizar el interés superior del niño
- c) Adecuadas, siempre y cuando los padres estén de acuerdo, y sin tomar en cuenta la opinión de las y los niños
- d) Consideradas de último recurso y sólo aplicables en circunstancias excepcionales

9. Más que una inspiración en las actuaciones de la autoridad, el interés superior del niño constituye:

- a) Una facultad discrecional que puede o no utilizarse
- b) Una limitación a la discrecionalidad del poder público
- c) Un buen deseo sin sustento normativo
- d) Una meta para el próximo siglo

10. Los derechos de las y los niños son derechos complementarios a los derechos que tienen en general todas las personas porque:

- a) Generan discriminación hacia quienes no son niñas o niños
- b) Reconocen que las y los niños no son sujetos de derechos
- c) El reconocimiento de la igualdad requiere la adopción de medidas especiales de protección dirigidas a aquellos que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad
- d) O se aplican los derechos humanos en general o los especiales de protección de las y los niños, de acuerdo con la elección que hagan éstas y éstos.

CURSO IV.

Enfoque de derechos humanos en la programación de trabajo

OBJETIVO ESPECÍFICO

- Brindar elementos pertinentes a las y los integrantes del Servicio Profesional en Derechos Humanos para que adquieran un enfoque de derechos humanos en su práctica cotidiana en la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.



SÍNTESIS

Derechos humanos y desarrollo humano

Los derechos humanos y el desarrollo humano comparten las mismas motivaciones y preocupaciones aunque difieren en su concepción y estrategia; sin embargo, esto no impide que se complementen de manera provechosa.

Para la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) el desarrollo humano tiene como objetivo el disfrute por todas las personas de todas las libertades fundamentales y de las oportunidades para mejorar su vida –objetivo que sin duda también tienen los derechos humanos.

Al estar centrados en las personas, ambos conceptos comparten el interés fundamental de que las instituciones, las políticas y los procesos de desarrollo tengan una mayor participación y una cobertura más amplia para que los grupos favorecidos no monopolicen ninguno de dichos elementos.

Asimismo, tanto los derechos humanos como el desarrollo humano se relacionan al analizar la responsabilidad que tienen diversos agentes por no vincular actos con derechos humanos, y también al realizar el análisis de las políticas que son necesarias para el pleno ejercicio de estos derechos (OACNUDH, p. 330).

La Declaración del Milenio de las Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General en su Resolución 55/2 del 13 de septiembre de 2000, adopta compromisos en materia de derechos humanos y establece ocho objetivos en materia de desarrollo que están cuantificados y determinan plazos; éstos se denominan como Objetivos de Desarrollo del Milenio y son hitos importantes para el logro de los derechos económicos, sociales y culturales.

Derechos humanos y reducción de pobreza

El concepto de pobreza no sólo refiere la falta de bienes materiales y de oportunidades como el empleo, la propiedad de bienes, el ahorro, etc., sino que también indica la falta de bienes físicos y sociales como la salud, la integridad física, la ausencia de seguridad y la violencia (OACNUDH, p. 332).

Debido a que muchas de las violaciones a los derechos humanos son tanto causa como consecuencia de la pobreza, la reducción de ésta debe ser la primera meta dentro de las políticas de desarrollo, que además deberá incluir algunos de los siguientes elementos:

- Definición de las medidas para mejorar la situación de las y los más pobres.
- Análisis de las relaciones de poder y de las causas de discriminación.
- Garantía de que las metas concretas de reducción de la pobreza sean compatibles con las normas internacionales.
- Garantía de un nivel básico de protección a los derechos civiles y políticos.
- Determinación de los indicadores y los parámetros de referencia en torno al logro progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales.

Derechos humanos y buena gobernanza

El término *gobernanza* se refiere a los mecanismos, instituciones y procesos por medio de los cuales se ejerce la autoridad para dirigir los asuntos públicos.

La gobernanza y los derechos humanos están relacionados, ya que ambos se fundamentan en los principios básicos de participación, rendición de cuentas, transparencia y responsabilidad del Estado.

Por lo anterior, es necesario que exista buena gobernanza para que los derechos humanos se respeten y protejan de forma sostenible con el fin de que las personas cuenten con la posibilidad de vivir con dignidad y libertad.

Sin embargo, para el pleno ejercicio de los derechos humanos es preciso ir más allá de la ratificación de los tratados en la materia; se requiere integrarlos efectivamente en la legislación y en la política y práctica del Estado, así como establecer la promoción de la justicia y entender que la credibilidad de la democracia depende de la respuesta efectiva a las demandas políticas, sociales y económicas de la población. Un buen gobierno debe promover sistemas de contrapesos y salvaguardias entre las instituciones de gobernanza, oficiales y oficiosas, y realizar los cambios sociales necesarios, además de responder a los retos básicos relacionados con los derechos humanos y la buena gobernanza, como son la corrupción y los conflictos violentos (OACNUDH, p. 333).

Derechos humanos y crecimiento económico

El crecimiento económico posibilita el desarrollo y puede ser decisivo para la realización de los derechos humanos.

Sin duda, los derechos económicos, sociales y culturales sólo pueden ejercerse de forma progresiva, por lo que todos los Estados están obligados a adoptar medidas para la realización de esos derechos lo más pronto posible; sin embargo, éstas también dependerán del crecimiento económico.

Toda estrategia de crecimiento debe formar parte de un amplio conjunto de políticas e instituciones conscientemente diseñadas para convertir los recursos en derechos, de modo que se traduzcan en el disfrute generalizado de los derechos humanos por todas y todos (OACNUDH, p. 333).

Derechos humanos y maquinaria de gobierno

Los derechos humanos pueden hacerse efectivos en una gran variedad de sistemas económicos y políticos, siempre y cuando sean democráticos y, además, reflejen la indivisibilidad de los derechos humanos.

Así, los gobiernos tienen la obligación mínima de establecer un marco normativo y una política que garantice el acceso a los servicios esenciales de calidad aceptable, con carácter de no discriminación, y de velar por que ninguna persona se vea privada de esos servicios únicamente porque no es capaz de pagar por ellos.

Derechos humanos y resolución de disyuntivas políticas

No siempre las normas de derechos humanos pueden resolver concesiones y elecciones en materia política; sin embargo, sí imponen condiciones esenciales para la realización de políticas dentro del Estado. Algunas de ellas son las siguientes (OACNUDH, p. 334):

- a) Carácter indivisible de los derechos humanos.
- b) Disfrute mínimo básico de derechos económicos, sociales y culturales.
- c) Obligación inmediata de no discriminación.
- d) Aplicación, seguimiento y evaluación de procesos.
- e) Principio de no retrocesión.

Derechos humanos y presupuestos nacionales

El análisis presupuestario es un elemento decisivo para vigilar las diferencias entre las políticas y las medidas adoptadas para garantizar la realización progresiva de los derechos humanos.

De este modo, un presupuesto que se basa en los derechos humanos exige que esas decisiones se adopten con apego a los principios de transparencia, de rendición de cuentas, de no discriminación y de participación.

Enfoque basado en derechos humanos

Este enfoque se define como un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano que desde el punto de vista normativo está basado en las normas internacionales de derechos humanos, y desde

la óptica operacional está orientado a promover y a proteger a estos derechos. Su propósito es analizar las desigualdades que existen en el centro de los problemas de desarrollo y corregir las prácticas discriminatorias y el injusto reparto del poder, factores que obstaculizan el progreso en materia de desarrollo (OACNUDH, p. 338).

Aunque no existe una estructura universal del enfoque basado en derechos humanos, los organismos de las Naciones Unidas han considerado como elementos esenciales para conformarla los siguientes:

- Formulación de políticas y programas para el desarrollo que tengan por objeto la realización de los derechos humanos.
- Identificación de las y los titulares de derechos y de las y los titulares de deberes, así como de sus derechos y obligaciones.
- Orientación de los principios y las normas de derechos humanos hacia la cooperación y programación del desarrollo en todos los sectores.

Aportación del enfoque basado en derechos humanos al desarrollo

Existen dos argumentos principales que apoyan el enfoque basado en derechos humanos:

1. *El argumento intrínseco*. Lo reconoce como lo correcto a partir de un punto de vista ético o moral.
2. *El argumento instrumental*. Lo identifica como el que conduce a mejores y más sostenibles resultados en materia de desarrollo.

Dicho enfoque se propone aprovechar y aprender de las enseñanzas extraídas de las buenas prácticas de desarrollo, y reforzar los argumentos en favor de una aplicación más uniforme de esas enseñanzas.

El valor práctico del enfoque basado en derechos humanos se sustenta en los elementos siguientes (OACNUDH, pp. 339-341):

- a) Una realización de los derechos de las poblaciones excluidas y marginadas, y de aquéllos cuyos derechos corren el riesgo de ser infringidos.
- b) Un programa orientado en una visión holística del entorno, teniendo en cuenta a la familia, la comunidad, la sociedad civil, así como a las autoridades locales y nacionales.
- c) Los instrumentos internacionales de los cuales derivan los resultados específicos, así como el nivel de prestación de servicios.
- d) Procesos participativos que representan las responsabilidades para el logro de resultados, así como el reflejo del consenso entre las personas.
- e) La transparencia y la rendición de cuentas que ayudan a formular políticas, leyes y reglamentos que determinan claramente qué derechos humanos se deben abordar.
- f) Una vigilancia de los compromisos del Estado.
- g) Mejores y más sostenidos resultados que ofrezcan mayores beneficios.

Enfoque basado en los derechos humanos e identificación nacional

Debido a que este enfoque se apoya en las normas internacionales de derechos humanos voluntariamente suscritas por los Estados, éstos se encuentran obligados a armonizar su legislación con dichas normas adoptadas, favoreciendo el principio de identificación nacional.

Con este contexto, todos aquellos Estados que participen en la aplicación de este enfoque deben actuar de acuerdo con lo que predicen si es que quieren gozar de credibilidad en los diálogos de la política sobre derechos humanos (OACNUDH, p. 344).

Derechos humanos y programación del desarrollo

Como se mencionó, las normas contenidas en los tratados de derechos humanos son obligatorias para los países que los han ratificado y ayudan a definir los objetivos de los programas para el desarrollo. De este modo, los instrumentos de derechos humanos pueden contribuir a que los programas de gobernanza hagan posibles los derechos a la libertad, a la seguridad de las personas y a la administración de justicia, entre otros.

Principios de igualdad y no discriminación en la programación

Con base en el principio de igualdad ante la ley –por la cual todas las personas tienen el derecho al disfrute igual de sus derechos sin discriminación alguna– la programación no puede estar dirigida únicamente a los grupos de más fácil acceso.

Además, la programación debe ayudar a hacerle frente a las causas subyacentes y sistémicas de la discriminación con el fin de promover la igualdad auténtica y sustantiva.

Para lograr los objetivos expuestos, la programación puede basarse, entre otros, en los siguientes puntos:

- a) Dirigir la atención prioritaria hacia las y los que sufren discriminación.
- b) Fortalecer las capacidades de acopio y análisis de datos.
- c) Promover medidas especiales temporales para igualar las condiciones y rectificar la discriminación.

Rendición de cuentas y programación

Una buena programación del desarrollo exige que las y los interesados directos rindan cuentas sobre los resultados concretos. Sin embargo, el garantizar esta rendición de cuentas requiere reconocer e identificar los obstáculos a los cuales se enfrentan las y los titulares de las obligaciones con el poder eliminarlos. Asimismo, es necesario que la rendición de cuentas, para su completa eficacia, sea demandada, por lo que es preciso analizar las capacidades que deben tener las y los titulares de los derechos para reivindicar sus derechos de forma eficaz (OACNUDH, p. 346).

Principio de participación para la programación

El concepto *participación* significa velar por que las y los interesados directos nacionales se identifiquen realmente con los procesos de desarrollo y tengan un auténtico control sobre ellos en todas las fases del ciclo de programación, evaluación previa, análisis, planificación, ejecución, vigilancia y evaluación (OACNUDH, p. 348).

Por otra parte, la participación también debe ser vista como un elemento capaz de desarrollar una conciencia crítica y favorecer la adopción de decisiones necesarias para considerar a una ciudadanía como activa.

Para que los procesos se consideren verdaderamente participativos deben reflejar los principios de participación activa, libre y significativa. Con base en esta hipótesis, las mujeres tienen derecho a participar en la planificación del desarrollo, y las y los niños a que sus opiniones sean tomadas en cuenta.

Los derechos humanos en el análisis de situaciones

Un análisis que se base en los derechos humanos puede revelar carencias de capacidad en materia de legislación, de instituciones, de políticas y de representación.

De acuerdo con el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, las normas de derechos humanos refuerzan el análisis de las situaciones mediante tres niveles (OACNUDH, p. 323):

1. *Análisis de causalidad.* Se refiere a las causas básicas de los problemas del desarrollo.
2. *Análisis de funciones u obligaciones.* Define quién tiene qué obligaciones con respecto de quién.
3. *Definición de las intervenciones.* Todas aquellas que resulten necesarias para aumentar la capacidad de las y los titulares de derechos y mejorar la actuación de las y los titulares de deberes.

Derechos humanos y formulación de programas

El enfoque basado en los derechos humanos ofrece importantes repercusiones en la manera en que se determinan las prioridades y los objetivos de desarrollo y en cómo se formulan los resultados del programa dentro del Estado; asimismo, exige un umbral mínimo de derechos para todos y todas en donde se destaquen las cuestiones básicas que se deben abordar mediante la programación.

Es así como deben priorizarse los esfuerzos que buscan hacer efectivos los derechos de grupos vulnerables, distinguiendo aquellos derechos que son más importantes para cada grupo en cierto momento.

Derechos humanos en el desarrollo de la capacidad

La *capacidad* en el ámbito de los derechos humanos se entiende como aquella que tienen las personas, las organizaciones y las sociedades para llevar a cabo diversas funciones, resolver problemas, etcétera.

El desarrollo de dicha capacidad tiene como objetivos reducir la pobreza, aumentar la autonomía y mejorar la calidad de vida de la población.

Para lograr un pleno desarrollo de la capacidad se debe considerar lo siguiente (OACNUDH, p. 352):

- La responsabilidad, motivación y compromiso que adoptan las y los titulares de derechos y las y los titulares de deberes en relación con determinado problema.
- La autoridad que legitima una acción cuando las personas o grupos creen o saben que pueden tomar medidas.
- El acceso a los recursos y al control de los mismos, que incluyen tanto recursos humanos como económicos y organizacionales.

Indicadores en el ámbito de derechos humanos

En materia de derechos humanos es necesario que se establezcan indicadores que le den seguimiento al logro de estos derechos mediante los programas de desarrollo (OACNUDH, p. 352).

Los indicadores se traducen en herramientas que permiten articular y adelantar cualquier denuncia contra quienes son los responsables de la aplicación de estos derechos y para formular programas y políticas públicas que tienen por objetivo facilitar su pleno ejercicio. Del mismo modo, los indicadores ayudan a los Estados a evaluar su propio progreso en la materia y ponen a su disposición información precisa y relevante al respecto (OACNUDH, p. 362).

Los indicadores pueden clasificarse en cuantitativos y cualitativos (OACNUDH, p. 363):

- *Cuantitativos*. Se refiere a cualquier indicador que pueda expresarse en forma contable, como son los números, los porcentajes o los índices sobre algún fenómeno. Son considerados un equivalente de la estadística.
- *Cualitativos*. Son aquellos que incluyen información que se explica con detalle y generalmente con términos descriptivos, las facetas básicas de un evento y su actividad o resultado, como la gravedad en la violación a un derecho humano o el cumplimiento de los tratados internacionales.

Existen aspectos que deben considerarse para identificar los indicadores que se utilizan en la evaluación de los derechos humanos, entre éstos se encuentran (OACNUDH, p. 366):

1. Vincular los indicadores identificados de un derecho humano con el contenido normativo de ese derecho.
2. Tener en cuenta las normas o los principios comunes de los derechos humanos.
3. Tomar en cuenta que el enfoque primario de la evaluación de derechos humanos está en medir el esfuerzo que la o el responsable de la protección de los derechos haga en el ánimo de cumplir con sus obligaciones.

Algunos de los indicadores principales en materia de derechos humanos son los que a continuación se enuncian (OACNUDH, pp. 368 y 369):

- a) *Indicadores estructurales*. Reflejan la ratificación y adopción de instrumentos legales y la existencia de mecanismos institucionales que faciliten la realización del derecho humano respectivo.
- b) *Indicadores de proceso*. Pueden definirse como la relación concreta de causa y efecto. Relacionan los instrumentos de política del Estado con los eventos importantes que se lleven a cabo durante la etapa de realización de los derechos humanos. Abarcan los programas públicos y las intervenciones específicas que un Estado está dispuesto a realizar para cumplir su compromiso y aceptación de los estándares de derechos humanos. También ayudan a vigilar directamente el cumplimiento progresivo del derecho o el proceso para proteger el derecho.
- c) *Indicadores de resultado*. Capturan los logros individuales y colectivos que reflejan el estatus de realización de los derechos humanos en un contexto. También reflejan la importancia del indicador para evaluar el disfrute de ese derecho.



MATERIAL DE ESTUDIO

Bibliografía obligatoria

GERSTENBERG, BIRGIT, *La incorporación del enfoque basado en derechos humanos en el ciclo de gestión de proyectos*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007, 5 pp.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*, Nueva York y Ginebra, OACNUDH, 2006, pp. 7-40.

_____, *Utilización de indicadores para promover y vigilar la implementación de los derechos humanos, algunas preguntas y respuestas, material de antecedentes*, Taller subregional para América Latina, Bogotá, OACNUDH, 2008, 43 pp.

LECTURA 1

Tomada de: Birgit Gerstenberg, *La incorporación del enfoque basado en derechos humanos en el ciclo de gestión de proyectos*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007, 5 pp.

La incorporación del EBDH en el ciclo de gestión de proyectos

Birgit Gerstenberg

OACNUDH Colombia

El ciclo de gestión de proyectos tiene diferentes fases que son básicamente las siguientes:

- Identificación del objetivo/contenido del proyecto (evaluación de los retos de derechos humanos, diagnósticos participativos, consultas, generación de compromisos)
- Elaboración del documento de proyecto-programación (definición de prioridades, presupuesto, resultados esperados, indicadores actividades principales, aprobación por actores/autoridades/instancias de financiación)
- Implementación/Ejecución (realización de las actividades principales, evaluaciones de avance periódicas bajo consideración de indicadores, informes regulares)
- Evaluación/monitoreo y seguimiento (impacto en base a indicadores, cambios logrados, evaluación conjunta para ver los resultados de la planificación conjunta, evaluación externa, recomendaciones de seguimiento)

Incorporar en estas fases el enfoque basado en DDHH significa fundamentalmente que las normas de derechos humanos y los principios del EBDH guían todas las fases de gestión de proyectos.

Los estándares internacionales de derechos humanos se encuentran en la Carta Internacional de los Derechos Humanos –constituida por la Declaración Universal de los DDHH, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos así como de sus protocolos- y de las actualmente seis convenciones internacionales (CRC, CERD, CEDAW, CAT, CMW, CPD).

Los principios del EBDH son los siguientes ya mencionados en sesiones anteriores:

- La participación e inclusión para el empoderamiento
- La igualdad y no discriminación
- Igualdad de género
- La rendición de cuentas y fortalecimiento del Estado de Derecho
- Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos

El EBDH apunta al logro de resultados. De acuerdo a ello se utiliza una matriz o marco lógico orientado a este fin. Aunque el EBDH requiere el uso de buenas estrategias y prácticas de programación, sin embargo, no constituyen en sí un enfoque de derechos humanos que requiere elementos adicionales.

El EBDH utiliza los dos enfoques contrapuestos en los años 90, conocidos como el “violation approach” y el “cooperation approach” como complementarios y ambos necesarios.

Fases de la Definición

La incorporación del EBDH en el ciclo de gestión de proyectos no requiere abandonar la práctica del marco lógico, pero significa reconsiderar su metodología y su estructura. En lo siguiente se resumen los pasos más importantes:

1. Definición del objetivo y contenido del proyecto
 - Elaboración del problema que pretende tratar el proyecto:
 - Qué derecho/s no se cumple/n
 - a quién y
 - quienes son los actores que llevan la obligación y responsabilidad de garantizar/proteger/ y promoverlo.
 - Análisis causal:
 - El por qué del problema identificado en los niveles de causas inmediatas, causas subyacentes y causas estructurales.
 - Qué derechos están afectados.
 - Decisión sobre qué causas el proyecto va a abarcar
 - Identificación de los titulares de derechos y obligaciones
 - Identificación de las violaciones de los DDHH

Ejemplo del uso de los principios del EBDH en el análisis causal: Derecho a la educación de las niñas

Interdependencia: La violación de otros derechos (ingreso bajo de los padres) puede causar que niñas no asisten a la escuela

Igualdad y no discriminación/igualdad de género: Identificación de formas sistemáticas de discriminación: niñas de áreas rurales.

Participación: qué factores posibilitan la marginalización de la población rural, cuales serían los mecanismos para facilitarla?

Rendición de cuentas: Qué autoridades son responsables para asegurar la participación de las niñas, qué recursos se requiere para lograrla?

- Formulación del objetivo del proyecto en base a la identificación del problema principal que el proyecto va a tratar. La formulación del objetivo debe apuntar a la realización de uno o más derechos e identificar el grupo objetivo.

Fase de la Programación

- Asegurar que los interesados directos en el proyecto –tanto titulares de los derechos como portadores de obligaciones- participen en la formulación del mismo, se identifican con los procesos y tienen un control sobre ellos en todas las fases.
- Análisis de roles y capacidades de los titulares de derechos y portadores de las obligaciones y la definición de brechas en sus capacidades.
 - Titulares de derechos: Deben poder demandar sus derechos. Qué demandas específicas tienen?
 - Portadores de obligaciones: Deben respetar, proteger, garantizar los derechos. Qué les impide hacerlo adecuadamente (responsabilidad, motivación, compromiso, liderazgo, autoridad, acceso y control de recursos)
- Análisis de riesgos y capacidad de enfrentarlos

- Definición y priorización de las intervenciones necesarias en base a la evaluación situacional y el análisis causal y de roles y capacidades para aumentar las capacidades de los titulares de los derechos y mejorar la actuación de los portadores de obligaciones.
 - Buscar y seleccionar a los aliados y socios
 - Definir estrategias (prestación de servicio, defensa de derechos y movilización social, información y alerta sobre los problemas, capacitación y educación, asesoría política y técnica)
- Elaborar los resultados esperados en base a los derechos cuya realización se requiere mejorar tomando en cuenta al análisis causal y de roles y capacidades. Los resultados se dan a varios niveles: a nivel del programa (efecto), a nivel de las actividades (producto) y en las personas y sus derechos o desarrollo (impacto).
- Elaborar indicadores significativos para medir cambios en voluntades y capacidades, cambios en marcos legales, políticos, presupuestarios e institucionales.
- Identificación de recursos disponibles, necesarios y suficientes

Fase de la implementación del proyecto

La implementación de un proyecto es un proceso en el cual deben ser respetados en todas sus fases los estándares y principios del EBDH. Especialmente aspectos como la discriminación, la apropiación local del proyecto, el desarrollo de capacidades y la responsabilidad y rendición de cuentas son características de un proceso de alta calidad. Regular monitoreo de los procesos y resultados debe llevarse a cabo en función de los criterios del EBDH y del avance según los resultados esperados del proyecto.

Como los proyectos no pueden abarcar a todo y todos/as de una vez, se debe dar prioridad a las personas en situación de mayor vulnerabilidad, discriminación, desventaja o exclusión y marginalización. ¿Puede el proyecto realmente asegurar que estas personas son beneficiarios del programa? A veces estrategias específicas deben ser diseñadas para posibilitar su participación, como en relación a lugares remotos de comunidades rurales, de idioma diferente u otros factores que dificultan su integración en el proyecto.

Las estrategias deben apuntar a superar inequidades y desigualdades que resultan en discriminación. Sensibilidad cultural y de género deben ser parte de las estrategias programadas. De la misma manera, habrá que considerar, evaluar y monitorear posibles inequidades de poder en acceder a los programas y sus beneficios (influencia en decisiones, acceso a información y formación, selección de personal, salarios y otros elementos).

Sistemas de rendición de cuentas: estos requieren roles y responsabilidades claros, procesos de decisión transparentes y criterios claros para tomar decisiones, acceso a la información y mecanismos efectivos de rendición de cuentas. Rendición de cuentas de quien a quien y en relación a qué y cómo.

Fase de evaluación y del monitoreo

Monitoreo y evaluación en un seguimiento y la apreciación de los resultados del proyecto en comparación a los que fueron planificados/programados. Es un proceso continuo: En el curso del proyecto pueden llevar a cambios de estrategias, reorientar intervenciones o estructuras del proyecto. El plan de M&E debe ser claro sobre qué se quiere evaluar, cómo y quién participa en estos procesos.

Existen dos formas del monitoreo:

Monitoreo de la situación: que mide cambios en las condiciones o no de las personas. Incluye el contexto o las tendencias políticas y económicas.

Monitoreo del rendimiento: mide el progreso en el alcance de los resultados en relación al plan del proyecto.

Qué se mide: EBDH –resultado y el proceso, esto es los productos, los efectos, el impacto y la efectividad del proceso.

- El grado de integración del objetivo con los planes de trabajo
- El impacto y el progreso en base a los indicadores definidos en forma previa conjuntamente.
- Identificación de los cambios impulsados y/o logrados
 - Evaluación de los roles de los actores y apropiación de los resultados
 - Aumento de la participación
- Cambios en acceso a derechos y cumplimiento con obligaciones

Cómo se mide: Definición de parámetros a cada nivel: producto, efecto, impacto y proceso.

- A través de consultas a los actores para conocer la percepción sobre los resultados.
- Evaluaciones externas
- Informe de resultados con estadísticas desagregadas

Quién debe participar:

Aplicando el EBDH, deben participar tanto los titulares de los derechos como los portadores de obligaciones, así como organizaciones o entidades externas al proyecto, pero expuestas en sus temas para lograr una visión objetiva.

Con qué objetivo:

- Identificación de líneas de seguimiento
- Para formular recomendaciones
- Para fortalecer los actores en su futura gestión

Resumen:

La siguiente tabla fue elaborada en la conferencia de Stanford en 2003 entre las agencias de Naciones Unidas para distinguir el EBDH en la programación para el desarrollo.

Elementos necesarios, específicos y únicos de EBDH	Buenas prácticas en la gestión de programas bajo el EBDH
<ul style="list-style-type: none"> • Evaluación y análisis para identificar las demandas de derechos humanos de los titulares de los derechos y las correspondientes obligaciones de los portadores de estas, así como las causas inmediatas, subyacentes y estructurales de la no realización de un derecho. • Los programas evalúan en primer lugar la capacidad de los titulares de los derechos y portadores de las obligaciones y luego desarrollan estrategias para construir las capacidades requeridas. • Programas monitorean tanto los resultados como los procesos guiados por estándares y principios de derechos humanos • La Programación para el desarrollo utiliza y se basa en las recomendaciones de los mecanismos u órganos internacionales de Derechos Humanos. 	<ul style="list-style-type: none"> • La gente es reconocida como actores claves en su propio desarrollo y no son recipientes pasivos de servicios. • La participación es un medio y un fin. • Las estrategias deben empoderar, no debilitar. • Tanto los resultados como los procesos deben ser monitoreados y evaluados. • El análisis incluye a todos los actores. • Los programas se enfocan en grupos, marginalizados, en desventaja y excluidos. • El desarrollo es apropiado a nivel local por actores locales. • Los programas apoyan la rendición de cuentas de todos los actores. • Los programas apuntan a reducir disparidades y la inequidad. • El análisis de la situación es utilizado para identificar causas inmediatas, subyacentes y estructurales de los problemas de desarrollo. • Los objetivos deben ser medibles. • Alianzas estratégicas deben ser desarrolladas y sostenidas por los programas.

LECTURA 2

Tomada de: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*, Nueva York y Ginebra, OACNUDH, 2006, pp. 7-40.

DERECHOS HUMANOS

¿Qué son los derechos humanos?

Los *derechos humanos* son garantías jurídicas universales que protegen a los individuos y los grupos contra acciones y omisiones que interfieren con las libertades y los derechos fundamentales y con la dignidad humana. La legislación en materia de derechos humanos obliga a los gobiernos (principalmente) y otros titulares de deberes a hacer ciertas cosas y les impide hacer otras.

Entre las principales características de los derechos cabe citar las siguientes:

- Son universales, derechos inalienables de todos los seres humanos;
- Se centran en la dignidad intrínseca y el valor igual de todos los seres humanos;
- Son iguales, indivisibles e interdependientes;
- No pueden ser suspendidos o retirados;
- Imponen obligaciones de acción y omisión, particularmente a los Estados y los agentes de los Estados;
- Han sido garantizados por la comunidad internacional;
- Están protegidos por la ley;
- Protegen a los individuos y, hasta cierto punto, a los grupos.

Las normas en materia de derechos humanos se han ido definiendo cada vez mejor en los últimos años. Codificadas en ordenamientos jurídicos internacionales, regionales y nacionales, constituyen un conjunto de normas de actuación respecto de las que pueden exigirse responsabilidades a los titulares de obligaciones de todos los niveles de la sociedad y en especial a los órganos del Estado. El cumplimiento de los compromisos contraídos en virtud de tratados internacionales de derechos humanos (véase el anexo I) es vigilado por comités de expertos independientes denominados "órganos creados en virtud de los tratados", que también ayudan a aclarar el significado de los distintos derechos humanos.¹

¹ Los órganos creados en virtud de tratados llevan a cabo esta labor mediante recomendaciones dirigidas a Estados concretos cuando examinan el cumplimiento por éstos de sus obligaciones en relación con los tratados, y mediante "observaciones generales" (o "recomendaciones generales") sobre el significado de derechos concretos. Véase la base de datos de los órganos creados en virtud de tratados de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH) en <http://www.ohchr.org/spanish/bodies/index.htm> y el Folleto Informativo de la OACDH N.º 30, *The United Nations Human Rights Treaty System*. <http://www.ohchr.org/english/about/publications/docs/fs30.pdf> (en inglés).

Ese significado también es elaborado por personas y órganos de expertos designados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (órgano con sede en Ginebra, compuesto por 53 Estados Miembros de las Naciones Unidas), en lo que se conoce como "procedimientos especiales",² y, naturalmente, por cortes y tribunales regionales y nacionales. También hay otros ordenamientos jurídicos relativos a los derechos humanos. Por ejemplo, los convenios y normas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) protegen específicamente los derechos laborales, y el derecho internacional humanitario se aplica a los conflictos armados y tiene mucho en común con la legislación de derechos humanos.

Entre los derechos que se garantizan a todas las personas en virtud de los tratados internacionales, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, figuran los siguientes:

- El derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona
- La libertad de asociación, expresión, reunión y circulación
- El derecho al más alto grado posible de salud
- El derecho a no ser sometido a arresto o detención arbitrarios
- El derecho a un juicio imparcial
- El derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias
- El derecho a alimentos en cantidad suficiente, vivienda y seguridad social
- El derecho a la educación
- El derecho a igual protección de la ley
- El derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la vida privada, la familia, el domicilio o la correspondencia
- El derecho a no ser sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes
- El derecho a no ser sometido a esclavitud
- El derecho a la nacionalidad
- La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

² Entre los ejemplos figuran el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto grado posible de salud física y mental, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y el Grupo de Trabajo sobre el Derecho al Desarrollo. Véase el Folleto Informativo de la OACDH N.º 27, *Diecisiete preguntas frecuentes sobre los Relatores Especiales de las Naciones Unidas*, http://www.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs27_s.pdf.

- El derecho a votar y a participar en la dirección de los asuntos públicos
- El derecho a participar en la vida cultural.

3

¿Qué tipos de obligaciones hay en relación con los derechos humanos?

Lecturas recomendadas:

- Base de datos de la OACDH sobre órganos establecidos en virtud de tratados: <http://www.ohchr.org/spanish/bodies/index.htm>, y los folletos informativos, <http://www.ohchr.org/spanish/about/publications/sheets.htm>.

2

¿Hay alguna jerarquía entre los derechos humanos?

No. Todos los derechos humanos tienen la misma importancia. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 deja bien claro que los derechos humanos de todo tipo, sean económicos, políticos, civiles, culturales o sociales, tienen igual validez e importancia. Este hecho ha sido reafirmado repetidas veces por la comunidad internacional, por ejemplo en la Declaración del Derecho al Desarrollo de 1986, la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993,³ y la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada casi universalmente.

Además, los derechos humanos son indivisibles e interdependientes. El principio de *indivisibilidad* reconoce que ningún derecho humano es intrínsecamente inferior a ningún otro. Los derechos económicos, sociales y culturales deben ser respetados, protegidos y realizados en las mismas condiciones que los derechos civiles y políticos. El principio de *interdependencia* reconoce la dificultad (y en muchos casos la imposibilidad) de hacer efectivo cualquiera de los derechos humanos de forma aislada respecto de los demás. Por ejemplo, no tiene objeto hablar del derecho al trabajo sin que se haya hecho mínimamente efectivo el derecho a la educación. Del mismo modo, el derecho a votar puede parecer poco importante para una persona que no tiene nada que comer o en situaciones en que las personas son victimizadas por el color de su piel, su sexo, su idioma o su religión. Juntos, los principios de indivisibilidad y de interdependencia significan que hay que hacer esfuerzos por que los derechos humanos se hagan efectivos *a la vez*, dejando margen para el establecimiento de prioridades en caso necesario de conformidad con los principios de derechos humanos (véase la pregunta 14).

³ A/CONF.157/24 (Parte I), capítulo III, preámbulo, <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/142/36/PDF/G9314236.pdf?OpenElement>.

Las obligaciones suelen ser de tres tipos: respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos:

- *Respetar* los derechos humanos significa sencillamente no interferir con su disfrute. Por ejemplo, los Estados deben *abstenerse* de llevar a cabo expulsiones forzosas y de *restringir arbitrariamente* el derecho a votar o la libertad de asociación.
- *Proteger* los derechos humanos significa adoptar medidas para garantizar que terceras partes no interfieran con su disfrute. Por ejemplo, los Estados deben proteger el acceso a la educación asegurando que los padres y los empleadores no impidan que las niñas acudan a la escuela.
- *Hacer efectivos* los derechos humanos significa adoptar medidas progresivas que permitan el disfrute efectivo del derecho de que se trate. Esta obligación en ocasiones se subdivide en las obligaciones de *facilitar* y de *poner los medios necesarios* para la realización del derecho. La primera se refiere a la obligación del Estado de llevar a cabo explícitamente actividades que fortalezcan la capacidad de las personas para satisfacer sus propias necesidades, por ejemplo creando condiciones en las que el mercado pueda suministrar los servicios de atención sanitaria que demanda la población. La obligación de “poner los medios necesarios” va un paso más allá, pues supone la prestación directa de servicios si los derechos de que se trata no pueden realizarse de otro modo, por ejemplo para compensar las carencias del mercado o para ayudar a grupos que son incapaces de atender sus propias necesidades.

La legislación de derechos humanos reconoce que la falta de recursos puede impedir la realización de esos derechos. Por consiguiente, algunas obligaciones de derechos humanos tienen carácter *progresivo* mientras que otras son *inmediatas*.⁴ Respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados tienen la obligación fundamental de satisfacer *el nivel mínimo esencial* de cada derecho. Ese nivel no puede determinarse de forma abstracta: se trata de una tarea nacional que hay que emprender de acuerdo con los principios de derechos humanos (véase la pregunta 14). Sin embargo, en cualquier situación en la que un número importante de personas estén siendo privadas de su derecho a la salud, la vivienda o el alimento, por ejemplo, el Estado tiene la obligación de demostrar que está utilizando todos los recursos disponibles, incluso solicitando asistencia internacional en caso necesario, para satisfacer esos derechos.

⁴ Véase la observación general N.º 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, <http://www.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (en inglés solamente).

En lo que se refiere a los derechos socioeconómicos, las siguientes obligaciones tienen *efecto inmediato*:

- La obligación de *no discriminar* entre distintos grupos de personas en la realización de los derechos de que se trate;
- La obligación de *adoptar medidas* (incluso elaborando estrategias y programas específicos) dirigidas deliberadamente a la realización plena de los derechos de que se trate; y
- La obligación de *vigilar* los progresos en la realización de los derechos humanos. Deben existir mecanismos accesibles de reparación en los casos en que se haya infringido algún derecho.

Tomando como ejemplo el derecho a la salud, no es permisible dedicar los recursos disponibles exclusivamente a servicios de primera calidad sólo para la mitad de la población o para los habitantes de las zonas urbanas. Los recursos disponibles deben dedicarse a velar por que el Estado de salud de la población en conjunto mejore progresivamente, con una planificación inmediata para conseguir ese objetivo y mecanismos eficaces para seguir los progresos realizados y, en caso necesario, proporcionar reparación.

Los tratados de derechos humanos también establecen ciertos límites a las obligaciones:

- El disfrute de algunos derechos humanos internacionales puede verse limitado en virtud de necesidades legítimas de seguridad nacional, "orden público" (aunque esto no otorga carta blanca para suspender los derechos humanos) o salud pública. Entre los ejemplos cabe citar el derecho de reunión pacífica y la libertad de circulación, previstos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Un número importante de derechos humanos pueden ser legítimamente *derogados*, o suprimidos, cuando existan emergencias públicas, como una crisis en materia de seguridad. Ejemplos de esos derechos son la libertad de expresión y la libertad de asociación, aunque no son derechos básicos para la supervivencia humana inmediata. Para que sean legítimas, las derogaciones deben promulgarse de acuerdo con procedimientos constitucionales previamente establecidos, notificarse públicamente y ser estrictamente necesarias y proporcionales a la gravedad de la crisis.
- En el momento de ratificar o adherirse a un tratado de derechos humanos, los Estados también pueden presentar lo que se conoce como *reservas*, que limitan o modifican el efecto del tratado siempre que estén conformes con el objeto y el propósito generales de éste.

El contenido sustantivo de las obligaciones en relación con los derechos económicos, sociales y culturales

Las normas de derechos humanos (incluidos los derechos económicos y sociales) van definiéndose con claridad cada vez mayor tanto a nivel internacional como a nivel nacional. Los tribunales de muy diversos países y ordenamientos jurídicos, como los de la Argentina, la República Dominicana, Finlandia, la India, Letonia, Nigeria y Sudáfrica, han estado dando significado a las obligaciones asociadas a los derechos económicos, sociales y culturales, también en relación con los derechos de los trabajadores y los derechos a los alimentos, la seguridad social, la vivienda adecuada, la salud y la educación.

Por ejemplo, en 2002 el Tribunal Constitucional de Sudáfrica declaró que el Gobierno había infringido sus obligaciones en materia de derechos humanos al no adoptar medidas razonables (a un costo asequible) para aumentar la disponibilidad de medicación antirretroviral para prevenir la transmisión del VIH de la madre al niño. Esta decisión y la campaña a nivel popular que la rodeó han salvado muchas vidas. Las decisiones de la Corte Suprema de la India, entre otras la de 2002 sobre el derecho a los alimentos en el contexto de una hambruna prevenible en Rajastán, han tenido también un impacto beneficioso importante en varios estados del país. Los buenos resultados obtenidos en esos casos pueden atribuirse en gran medida al hecho de que las estrategias de litigación se integraron en procesos de movilización social más amplios.

4

¿Tienen obligaciones los individuos, además de los Estados?

Sí. También pueden ser sujetos de obligaciones en materia de derechos humanos los particulares, las organizaciones internacionales y otros agentes no pertenecientes al Estado.⁵ Los padres, por ejemplo, tienen obligaciones explícitas en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, y los Estados están obligados a cooperar entre sí para eliminar los obstáculos que se oponen al desarrollo.⁶

⁵ Véase International Council on Human Rights Policy, *Taking Duties Seriously: Individual Duties in International Human Rights Law* (1999), disponible en www.ichrp.org (en inglés).

⁶ El artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos". La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986 contiene un reconocimiento aún más explícito: "Los Estados tienen el deber de cooperar mutuamente para lograr el desarrollo y eliminar los obstáculos al desarrollo" (art. 3, párr. 3). La Declaración del Milenio (2000) afirma repetidamente los principios paralelos de la equidad mundial y la responsabilidad compartida, resolviendo "crear en los planos nacional y mundial un entorno propicio al desarrollo y a la eliminación de la pobreza" (párr. 12). Véase International Council on Human Rights Policy, *Duties sans frontières: Human rights and global social justice* (2003), disponible en <http://www.ichrp.org> (en inglés solamente).

Además, los individuos tienen responsabilidades generales para con la comunidad general y, como mínimo, deben respetar los derechos humanos de los demás.

A pesar de todo, el Estado sigue siendo el primer titular de obligaciones en virtud del derecho internacional y no puede revocar su deber de poner en pie y hacer efectivo un entorno reglamentario apropiado para las actividades y responsabilidades del sector privado. Las leyes y las políticas nacionales deben detallar cómo se cumplirán las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos en los niveles nacional, provincial y local, y la medida en que los individuos, las empresas, las entidades de gobierno local, las ONG u otros órganos de la sociedad compartirán directamente la responsabilidad de la ejecución.

5

¿Es posible hacer efectivos los derechos humanos cuando los recursos son limitados?



Sí. En muchas situaciones, la obligación de respetar cierto derecho (no injerencia) puede exigir más bien voluntad política que recursos financieros. Incluso respecto de las obligaciones que requieren una acción positiva por parte del Estado, quizá sea posible avanzar con más rapidez si se utilizan con mayor eficiencia los recursos disponibles; por ejemplo, reduciendo los gastos en actividades improductivas y en aquellas actividades cuyos beneficios recaen de forma desproporcionada en los grupos privilegiados de la sociedad. Algunas intervenciones importantes para los derechos humanos, como la lucha contra la corrupción, en la práctica *economizan* fondos.

En otros casos es imposible hacer efectivos los derechos humanos si no se dispone de más financiación. Esto es así para todos los derechos humanos, sean económicos, civiles, sociales, culturales o políticos. Según cuál sea el punto de partida, la labor encaminada a conseguir un sistema de justicia accesible y eficaz puede ser tan

costoso como la realización de ciertos derechos socioeconómicos, por ejemplo la protección contra el desalojo forzoso o la garantía del derecho a crear sindicatos. El establecimiento de los sistemas necesarios para la celebración de elecciones libres e imparciales puede suponer un gasto importante para el erario público.

6

¿Hay diferencias entre los derechos individuales y los derechos colectivos?

Sí. A veces el igual valor y dignidad de las personas sólo puede asegurarse mediante el reconocimiento y la protección de los derechos individuales como *miembros de un grupo*. La expresión derechos colectivos o derechos de grupo se refiere a los derechos de esos grupos, incluidas las minorías étnicas y religiosas y las poblaciones indígenas, en las que el individuo queda definido por su comunidad étnica, cultural o religiosa.

Las reclamaciones en relación con los derechos humanos suelen ser más eficaces cuando las personas actúan conjuntamente como grupo. Por ejemplo, todos como individuos tenemos reconocido el derecho a la libertad de asociación, pero sólo cuando ese derecho se afirma de forma colectiva puede tener sentido su realización. Sin embargo, en algunos casos específicos, el derecho de que se trata protege un interés común al que tiene derecho el grupo y no sus miembros por separado. Por ejemplo, los derechos de las poblaciones indígenas a los territorios tradicionales están reconocidos en el Convenio N.º 169 de la OIT, los derechos de las minorías están reconocidos en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el derecho a la libre determinación se reconoce a todos los pueblos en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los derechos colectivos están sólidamente reflejados en algunos sistemas regionales de derechos humanos. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, por ejemplo, define "los derechos de los pueblos" a la existencia y a la libre determinación, el derecho al desarrollo económico, social y cultural, y el derecho a un entorno general satisfactorio que propicie su desarrollo.

Sin embargo, las personas que demandan derechos colectivos a menudo pueden encontrar obstáculos. Las dificultades son en parte de tipo jurídico, el problema de determinar *quién* tiene derecho a pedir *qué*, y también de tipo político, pues en muchas situaciones los derechos colectivos se perciben como una amenaza para los intereses de la mayoría o de algunos individuos pertenecientes al grupo. El derecho a la libre determinación, por ejemplo, puede plantear difíciles cuestiones relacionadas con el control y

la explotación de los recursos, por lo que a menudo es objeto de grandes controversias. Las estrategias de reivindicación de derechos colectivos deben tener en cuenta estos tipos de limitaciones y de sensibilidades.

7 ¿Dependen los derechos humanos del contexto cultural?

Los derechos humanos internacionales están reconocidos universalmente con independencia de las diferencias culturales, pero su aplicación práctica sí exige sensibilidad respecto de la cultura.

Las normas internacionales de derechos humanos tienen un fuerte carácter de universalidad y son considerablemente adaptables a distintos contextos culturales. El Artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma lo siguiente: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Los derechos humanos son inherentes a la persona e inalienables, y le corresponden simplemente por el hecho de ser persona. La persona a la que van asociados no puede renunciar a ellos voluntariamente. Otras personas no pueden despojarla de ellos. Todos los países han ratificado al menos uno de los siete tratados fundamentales de las Naciones Unidas en materia de derechos

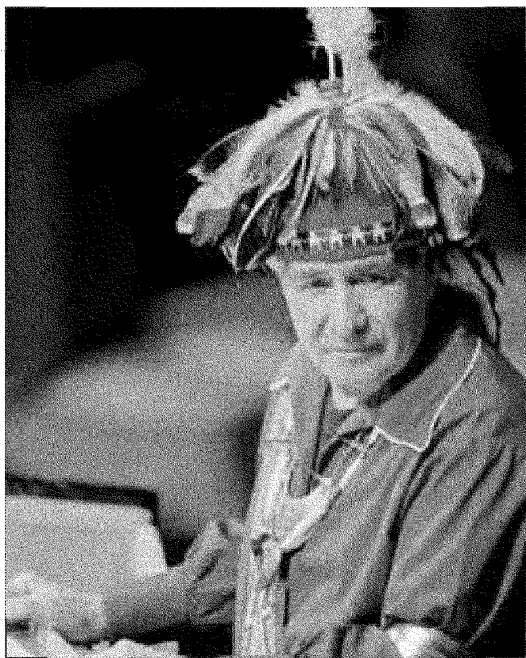
humanos (véase el anexo I) y el 80% de los Estados han ratificado cuatro o más, con lo que han dado expresión concreta a ese reconocimiento universal.

El propio marco internacional de derechos humanos reconoce la diversidad cultural limitando el ámbito de los derechos humanos internacionales a un conjunto de normas sobre las cuales el consenso internacional es posible. Sin embargo, la "cultura" no es ni inmutable ni sacrosanta, sino que evoluciona con arreglo a estímulos tanto externos como internos. En todas las culturas hay muchas cosas que la sociedad, de forma totalmente natural, acaba por superar o rechazar. En cualquier caso, la cultura no es excusa para no garantizar el disfrute de los derechos humanos. Por ejemplo, las prácticas tradicionales nocivas, como la mutilación genital femenina, por mucho que estén arraigadas en antiguas costumbres culturales, deben cambiar si están en conflicto con las normas internacionales de derechos humanos. Las actividades de desarrollo que reciben apoyo de las Naciones Unidas deben ayudar a que se hagan plenamente efectivas las normas internacionales de derechos humanos sea cual sea el país de que se trate.

Reconciliar la cultura y los derechos humanos universales: ilustración práctica

Un grupo de mujeres activistas de derechos humanos procedentes de diversos ámbitos islámicos ha elaborado un manual para la educación sobre derechos humanos de las mujeres en las sociedades musulmanas (M. Afkhami y H. Vaziri, *Claiming our Rights: A Manual for Women's Human Rights Education in Muslim Societies* (Bethesda, Sisterhood is Global Institute, 1996)). El manual abarca una amplia gama de "situaciones" en relación con los derechos, como derechos en la familia, autonomía en las decisiones de planificación familiar, derecho a la educación y al empleo, y derecho a la participación política. Sus ejercicios interactivos e interpretativos entrelazan extractos de los acuerdos internacionales de derechos humanos con versículos del Corán, normas de la ley islámica, cuentos, proverbios y experiencias personales.

Fuente: C. Nyamu-Musembi, "Towards an actor-oriented perspective on human rights", IDS working paper 169 (Brighton, Institute of Development Studies, octubre de 2002), pág. 9, <http://www.ids.ac.uk/ids/bookshop/wp/wp169.pdf> (en inglés).



Lecturas recomendadas:

- Fondo de Población de las Naciones Unidas (FNUAP), *Culture Matters – Working with Communities and Faith-based Organizations: Case Studies from Country Programmes* (2004), http://www.unfpa.org/upload/lib_pub_file/426_filename_CultureMatters_2004.pdf (en inglés).

DERECHOS HUMANOS Y DESARROLLO

8

¿Cuál es la relación entre los derechos humanos y el desarrollo humano?

Según el Informe sobre el Desarrollo Humano 2000, “el desarrollo humano y los derechos humanos se aproximan suficientemente en cuanto a motivaciones y preocupaciones para ser compatibles y congruentes, y son suficientemente diferentes desde el punto de vista de su concepción y estrategia para complementarse entre sí provechosamente”.⁷ Tanto los derechos humanos como el desarrollo tienen como propósito promover el bienestar y la libertad sobre la base de la dignidad y la igualdad inalienables de todas las personas. El objetivo del desarrollo humano es el disfrute por todas las personas de todas las libertades fundamentales, como la de tener la posibilidad de atender las necesidades físicas o de evitar las enfermedades prevenibles. También incluye las oportunidades para mejorar en la vida, como las que brindan la escolarización, las garantías de igualdad y un sistema de justicia que funcione. El marco de derechos humanos comparte esos objetivos (véase el capítulo I).

Los derechos humanos y el desarrollo humano comparten la preocupación por los resultados necesarios para mejorar la vida de las personas, pero también por la mejora de los procesos. Están centrados en las personas y por eso reflejan un interés fundamental por que las instituciones, las políticas y los procesos tengan la mayor participación y la cobertura más amplia posible, respetando la capacidad de todas las personas. Por ejemplo, en los marcos de derechos humanos y de desarrollo humano, la obtención de nuevas tecnologías para prevenir eficazmente el paludismo es un resultado legítimo e incluso deseable. Pero en el despliegue de esas tecnologías, los agentes del desarrollo deben valorar y explicar claramente los posibles efectos negativos de las pruebas así como velar por que las tecnologías sean accesibles y asequibles y por que los grupos vulnerables no queden excluidos.



Los derechos humanos contribuyen al desarrollo humano garantizando un espacio protegido en el que los grupos favorecidos no puedan monopolizar los procesos, las políticas y los programas de desarrollo. El marco de derechos humanos también introduce el importante concepto de que ciertos agentes tienen el deber de facilitar y fomentar el desarrollo. Dar a las personas la capacidad de reivindicar de forma jurídicamente obligatoria que determinados titulares de deberes proporcionen enseñanza primaria gratuita y obligatoria (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 13) les proporciona mayor capacidad de acción que apoyarse solamente en las “necesidades” u observar el elevado rendimiento económico que tienen las inversiones en educación, por ejemplo.

Cuando no se realizan los derechos humanos, hay que analizar las responsabilidades de los distintos agentes. Esta atención a la rendición de cuentas respecto de los fallos en un sistema social amplia considerablemente el alcance de las demandas normalmente asociadas al análisis del desarrollo humano. A la inversa, el análisis del desarrollo humano contribuye a informar las decisiones de política necesarias para la realización de los derechos humanos en situaciones concretas.

⁷ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe sobre Desarrollo Humano 2000: Derechos humanos y desarrollo humano* (Nueva York, 2000), pág. 19, disponible en http://hdr.unep.org/reports/global/2000/sp/hdr_sp_2000.pdf.

9

¿Cuál es la relación entre los derechos humanos, la Declaración del Milenio y los Objetivos de Desarrollo del Milenio?

La Declaración del Milenio⁸ de las Naciones Unidas sitúa explícitamente tanto los compromisos en materia de derechos humanos como los objetivos de desarrollo en el centro de las prioridades internacionales para el nuevo milenio. Mientras que los Estados Miembros renovaron su compromiso respecto de la promoción y la protección de los derechos humanos, también acordaron ocho objetivos de desarrollo cuantificados y con plazos precisos: los Objetivos de Desarrollo del Milenio.⁹ Estos objetivos proporcionan una dirección a los esfuerzos encaminados a reducir la pobreza y una base común para medir los progresos realizados.

Los derechos humanos y los Objetivos de Desarrollo del Milenio son interdependientes y se refuerzan mutuamente. Los Objetivos están sustentados por el derecho internacional,¹⁰ y deben verse como parte de un marco integrado más amplio de derechos y obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Tanto los Objetivos de Desarrollo del Milenio como los derechos humanos se proponen vigilar la realización progresiva de ciertos derechos humanos. Existen procesos periódicos de presentación de informes respecto de unos y otros en los niveles tanto nacional como internacional, aunque garantizar la rendición de cuentas en materia de derechos humanos exige un conjunto de leyes e instituciones más amplio.

Los Objetivos de Desarrollo del Milenio son hitos importantes para el logro de los derechos económicos y sociales, a menudo desatendidos. Los derechos humanos contribuyen a perfilar mejor las estrategias para alcanzar los Objetivos ocupándose de la discriminación, la exclusión, la falta de poder efectivo y los fallos en la rendición de cuentas que se encuentran en la raíz de la pobreza y

otros problemas del desarrollo.¹¹ Por ejemplo, en el Objetivo 2 se fija la meta de 2015 para alcanzar la educación primaria universal. La experiencia demuestra que cuando la enseñanza no es gratuita, más niñas que niños quedan sin escolarizar, lo que reduce la capacidad para alcanzar tanto el Objetivo 2 como el Objetivo 3 sobre igualdad de género. Los derechos humanos refuerzan las estrategias encaminadas a alcanzar el Objetivo 2 estableciendo el derecho a la enseñanza primaria universal y *gratuita* y garantizando que las estrategias de crecimiento se adaptan a las necesidades de las niñas y de otros grupos marginados concretos. Los Objetivos y las metas mundiales también deben adaptarse al contexto nacional. Por ejemplo, si la tasa de matriculación en la enseñanza primaria en un país en 2004 fue del 95%, la obligación del Estado de dedicar el máximo de los recursos disponibles a la plena realización del derecho a la educación podría significar, en el marco de un análisis más amplio de las prioridades nacionales, que el objetivo de la educación primaria universal debería alcanzarse antes de 2015.

Hay otras formas en las que los derechos humanos apoyan los esfuerzos por alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio, entre ellas las siguientes:

- Reforzando la legitimidad de las estrategias de aplicación de los Objetivos apoyándose en las obligaciones en virtud de tratados de derechos humanos voluntariamente contraídas por los gobiernos;
- Aprovechando el potencial de movilización del discurso de derechos humanos;
- Mejorando la sostenibilidad de las estrategias encaminadas a alcanzar los Objetivos, yendo más allá de los “promedios” mundiales para abordar las causas básicas de la pobreza y el subdesarrollo, incluidas las pautas de discriminación contra grupos concretos;
- Elaborando estrategias participativas y potenciadoras sobre la base de los derechos civiles y políticos; y
- Haciendo intervenir a los mecanismos y las instituciones de derechos humanos, es decir, tribunales, instituciones nacionales de derechos humanos, sistemas y mecanismos de justicia no estructurados en el nivel internacional (incluidos los órganos creados en virtud de tratados) con el fin de fortalecer la transparencia y la rendición de cuentas para el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio.¹²

⁸ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 55/2 de 8 de septiembre de 2000. Véase <http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/ares552.html>.

⁹ Los ocho Objetivos son: 1) erradicar la pobreza extrema y el hambre; 2) lograr la enseñanza primaria universal; 3) promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer; 4) reducir la mortalidad infantil; 5) mejorar la salud materna; 6) combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades; 7) garantizar la sostenibilidad del medio ambiente; y 8) fomentar una asociación mundial para el desarrollo. Para una descripción completa de estos Objetivos y de las metas y los indicadores correspondientes, véase http://unstats.un.org/unsd/mispa/ml_goals.aspx.

¹⁰ Véase Philip Alston, “Ships passing in the night: the current state of the human rights and development debate seen through the lens of the Millennium Development Goals”, *Human Rights Quarterly*, vol. 27, N° 3 (agosto de 2005), págs. 755 a 829. Puede decirse que la mayoría de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, aunque probablemente no todos ellos, tienen la fuerza jurídica del derecho internacional consuetudinario.

¹¹ PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2003: Los objetivos de desarrollo del Milenio: un pacto entre las naciones para eliminar la pobreza* (Nueva York, 2003), págs. 1 y 30 y siguientes.

¹² Véase, por ejemplo, el Informe del Proyecto del Milenio de las Naciones Unidas, *Invirtiendo en el desarrollo: un plan práctico para conseguir los Objetivos de Desarrollo del Milenio* (2005), págs. 131 y 144 a 146, disponible en http://www.unmillenniumproject.org/reports/fullreport_spanish.htm.

10 ¿Cuál es la relación entre los derechos humanos y la reducción de la pobreza?

Hoy se entiende en general que la pobreza es un resultado de la *falta de poder efectivo* y de la *exclusión*. La pobreza es no sólo la falta de bienes materiales y oportunidades, como el empleo, la propiedad de bienes productivos y el ahorro, sino la falta de bienes físicos y sociales, como la salud, la integridad física, la ausencia de miedo y violencia, la integración social, la identidad cultural, la capacidad de organización, la capacidad para ejercer influencia política y la capacidad para vivir con respeto y dignidad.¹³ Las violaciones de los derechos humanos son tanto causa como consecuencia de la pobreza.



Los derechos humanos refuerzan la exigencia de que la reducción de la pobreza sea la meta primaria de las políticas de desarrollo. Los derechos humanos requieren que el proceso de formulación de una estrategia de reducción de la pobreza incluya los siguientes elementos y principios:

- Definir y dar prioridad a las medidas para mejorar la situación de los más pobres entre los pobres;
- Analizar las relaciones de poder subyacentes y las causas fundamentales de la discriminación;
- Garantizar que tanto el proceso como las metas concretas de reducción de la pobreza sean compatibles con las normas internacionales de derechos humanos;
- Velar por que haya estrechos vínculos entre el diseño macroeconómico, las iniciativas sectoriales y componentes y principios de "gobernanza" tales como la transparencia y la rendición de cuentas;
- Garantizar un nivel básico de garantías de derechos civiles y políticos para una participación activa, libre y significativa, incluidas la libertad de información y la libertad de asociación, y
- Determinar indicadores y establecer parámetros de referencia para poder seguir con claridad el logro progresivo de los derechos económicos y sociales.

Lecturas recomendadas:

- OACDH, *Los derechos humanos y la reducción de la pobreza: un marco conceptual* (Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2004), http://www.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/Broch_Esp.pdf.
- OACDH, *Draft Guidelines: A Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies*, <http://www.unhcr.ch/development/povertyfinal.html> (en inglés).
- World Health Organization (WHO), "Human Rights, Health and Poverty Reduction Strategies", *Serie de publicaciones sobre salud y derechos humanos*, N.º 5 (abril de 2005), http://www.who.int/hhr/news/HHR_PRS_19_12_05.pdf (en inglés).

¹³ La serie de estudios del Banco Mundial *Voces de los pobres* se basó en amplias investigaciones sobre el terreno y entrevistas a 60.000 personas en todo el mundo. D. Narayan et al. eds., *Voices of the Poor: Can Anyone Hear Us?* (2000); D. Narayan et al., eds., *Voices of the Poor: Crying Out for Change* (2000); y D. Narayan y P. Petesch, eds., *Voices of the Poor: From Many Lands* (2002).

11 ¿Cuál es la relación entre los derechos humanos y la buena gobernanza?

La gobernanza se refiere a los mecanismos, las instituciones y los procesos por medio de los cuales se ejerce la autoridad en la dirección de los asuntos públicos. El concepto de la buena gobernanza surgió a finales de los años ochenta para abordar los fallos en las políticas de desarrollo debidos a problemas de gestión de los asuntos públicos, entre ellos la falta de respeto a los derechos humanos. Los conceptos de buena gobernanza y derechos humanos se refuerzan mutuamente, al estar basados ambos en principios básicos de participación, rendición de cuentas, transparencia y responsabilidad del Estado.

Los derechos humanos requieren un clima favorable y propicio, en particular normas, instituciones y procedimientos apropiados que enmarquen la actuación del Estado. Los derechos humanos proporcionan un conjunto de normas de actuación respecto del cual puede hacerse rendir cuentas al gobierno y otros agentes. Al mismo tiempo, las políticas de buena gobernanza deben dar a los individuos la posibilidad de vivir con dignidad y libertad. Aunque los derechos humanos dan poder efectivo a las personas, no pueden ser respetados y protegidos de forma sostenible si no existe una buena gobernanza. Además de leyes pertinentes se necesitan procesos e instituciones políticas, de gestión y administrativos que respondan a los derechos y las necesidades de las poblaciones. No hay un modelo único de buena gobernanza. Las instituciones y los procesos evolucionan con el tiempo.

Los derechos humanos fortalecen los marcos de buena gobernanza y exigen lo siguiente: ir más allá de la ratificación de los tratados de derechos humanos; integrar efectivamente los derechos humanos en la legislación y en la política y la práctica del Estado; establecer la promoción de la justicia como finalidad del estado de derecho; entender que la credibilidad de la democracia depende de la efectividad de su respuesta a las demandas políticas, sociales y económicas de la población; promover sistemas de contrapesos y salvaguardias entre las instituciones de gobernanza oficiales y oficiosas; realizar los cambios sociales necesarios, en particular en lo que atañe a la igualdad de género y la diversidad cultural; generar voluntad política y participación y concienciación del público, y responder a los retos básicos en materia de derechos humanos y buena gobernanza, como la corrupción y los conflictos violentos.

12 ¿Cuál es la relación entre los derechos humanos y el crecimiento económico?

El crecimiento económico no basta por sí solo

El crecimiento por sí solo no es suficiente. El crecimiento en ausencia de equidad y de integración social no reducirá la pobreza. La equidad tiene una lógica instrumental (la redistribución puede hacer que el crecimiento sea más fácil y la reducción de la pobreza más rápida), pero también tiene valor intrínseco en una sociedad mundial justa.

Fuente: Simon Maxwell, "The Washington Consensus is dead! Long live the meta-narrative!", ODI working paper 243 (Londres, Overseas Development Institute, enero de 2005), pág. 6, http://www.odi.org.uk/publications/working_papers/wp243.pdf (en inglés solamente).

El crecimiento económico es un medio para el desarrollo, no su objetivo. También puede ser decisivo para la realización de los derechos humanos. Sin embargo, el crecimiento económico debe conseguirse de manera acorde con los principios de derechos humanos.

Cuando existen legítimas limitaciones de recursos, algunos derechos económicos, sociales y culturales sólo pueden realizarse de forma progresiva, con el tiempo (véase la pregunta 3). Los Estados están obligados a adoptar medidas para la realización de esos derechos lo más rápidamente posible. Puesto que se necesitan recursos para lograr esos derechos particulares, su rápida realización depende de que se alivien las limitaciones de recursos, lo que a su vez requiere crecimiento económico. Una tasa de crecimiento más rápida también puede hacer más llevaderas las inevitables concesiones, al aumentar los recursos disponibles.

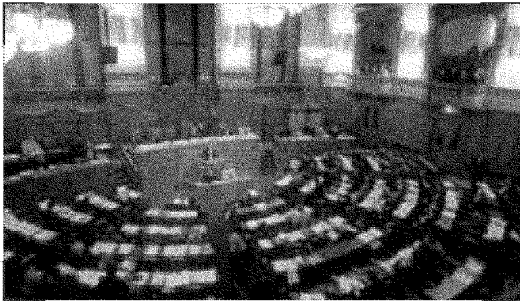
Debe entenderse, no obstante, que velar por un desarrollo más rápido es una cosa y aprovechar su potencial para la causa de los derechos humanos es otra. Para que el crecimiento económico conduzca a la realización de los derechos humanos, toda estrategia de crecimiento debe formar parte de un conjunto amplio de políticas e instituciones conscientemente diseñadas para convertir los recursos en derechos. Este marco amplio tiene dimensiones tanto internacionales como nacionales; en cada caso los detalles serán diferentes, de acuerdo con un proceso orientado por las condiciones que se apuntan en la pregunta 14 *infra*. Una función esencial de los organismos de las Naciones Unidas es ayudar a velar por que el crecimiento económico se traduzca en el disfrute generalizado de los derechos humanos por todos.¹⁴

¹⁴ "Estudio sobre las políticas relativas al desarrollo en un mundo en vías de globalización: ¿qué puede aportar el enfoque basado en los derechos humanos?" por el Profesor S. R. Osmani (E/CN.4/Sub.2/2004/L8, párrafos 21-28).

13 ¿Exige la realización de los derechos humanos una gran maquinaria de gobierno?

No. Los tratados internacionales de derechos humanos ni exigen ni excluyen ningún tipo particular de forma de gobierno o de sistema económico, sea como sea descrito: socialista, capitalista, mixto, de planificación central o de economía liberal. Los derechos humanos pueden hacerse efectivos en una amplia variedad de sistemas económicos y políticos, siempre que se trate de sistemas de carácter democrático que reconozcan y reflejen debidamente la interdependencia y la indivisibilidad de todos los derechos humanos.

No hay nada en el marco de derechos humanos que impida que las instituciones del sector público tengan un papel activo en la prestación de servicios y bienes públicos esenciales.¹⁵ Más bien, los derechos humanos refuerzan el argumento económico en favor de un gobierno eficaz.¹⁶ Desde una perspectiva de derechos humanos, el gobierno tiene la obligación mínima de establecer un marco normativo y de política que garantice el acceso a servicios esenciales de calidad aceptable con carácter no discriminatorio, y de velar por que nadie se vea privado de esos servicios únicamente porque no es capaz de pagarlos.¹⁷ Los principios de derechos humanos deben orientar las difíciles elecciones y concesiones de política que hay que hacer en este contexto.



¹⁵ Para una definición y un análisis del concepto de bienes públicos mundiales, véase <http://www.undp.org/globalpublicgoods/globalization/spanish.html>.

¹⁶ En relación con los argumentos económicos, véase Banco Mundial, *Informe sobre el desarrollo mundial 2004: Hacer que los servicios funcionen para los pobres* (Banco Mundial y Oxford University Press, 2003), <http://www.worldbank.org>, J. Vandemoortele, "Access to basic social services: Human rights that make excellent economic sense" (Carnegie Council on Ethics and International Affairs, Seminario sobre principios de política social y el programa de desarrollo social, Nueva York, 3 a 5 de diciembre de 1999), http://www.carnegieecouncil.org/media/693_vandemoortele.pdf?PHPSESSID=c18fa4212c70a8ed30c131e2e03b6485

¹⁷ Véanse las observaciones generales N.º 14 y N.º 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <http://www.ohchr.org/english/bodies/cesor/comments.htm>.

Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO). Directrices voluntarias sobre el derecho a los alimentos

4.9 Los Estados tendrán en cuenta que los mercados no producen automáticamente el resultado de que todas las personas dispongan de ingresos suficientes en todo momento para satisfacer las necesidades básicas y deberían, por consiguiente, procurar establecer sistemas adecuados de seguridad social y obtener, cuando convenga, asistencia de la comunidad internacional con este objeto.

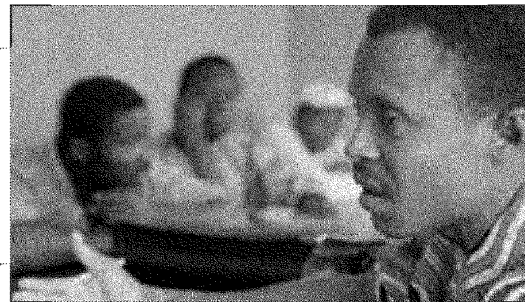
4.10 Los Estados deberían tener en cuenta las deficiencias de los mecanismos del mercado con vistas a proteger el medio ambiente y los bienes públicos.

Fuente: Directrices voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional, <http://www.fao.org/docrep/meeting/008/J3345s/J3345s01.htm>

14 ¿Cómo pueden los derechos humanos ayudar a resolver las disyuntivas de política?

En raras ocasiones las normas de derechos humanos pueden por sí solas resolver complejas elecciones y concesiones en materia de política. Sin embargo, sí imponen cinco condiciones esenciales a la formulación de políticas.

La primera condición se deriva del carácter *indivisible* de esos derechos, uno de los pilares fundamentales de la legislación de derechos humanos. Ninguno de los derechos humanos es intrínsecamente inferior a ninguno de los demás. Un determinado derecho puede de todos modos recibir prioridad, pero sólo por razones



prácticas, por ejemplo porque históricamente no ha sido respetado o porque es probable que actúe como catalizador para los demás. Un país podría, por ejemplo, estudiar la posibilidad de priorizar el derecho a la educación, que es un conocido catalizador para la realización de muchos otros derechos, como el derecho a disponer de alimentos en cantidad suficiente, el derecho a la salud, el derecho a trabajar y los derechos de los niños y las mujeres.

En segundo lugar, en una disyuntiva de este tipo debe tenerse plenamente en cuenta la obligación que incumbe a los Estados de velar, con efecto inmediato, por un disfrute *mínimo básico* de derechos económicos, sociales y culturales. El principio de la "realización progresiva" reconoce que algunos derechos quizá tengan que recibir prioridad sobre otros, porque no todos los derechos pueden hacerse efectivos al mismo tiempo o en el mismo lugar. Aun así, los Estados tienen la obligación fundamental, emanada de los derechos a la vida, a los alimentos y a la salud, de velar por que ninguna persona de su jurisdicción padezca inanición. Las obligaciones fundamentales deben considerarse limitaciones con fuerza obligatoria; no pueden sacrificarse a cambio de otras. Lo mismo rige para los derechos que no pueden ser derogados (véase la pregunta 3).

En tercer lugar, la obligación de no discriminar es inmediata. Deben tomarse medidas inmediatamente para averiguar cuáles son los grupos más desfavorecidos o vulnerables en relación con las medidas de política propuestas, y desglosarse los datos en la medida de lo posible según los motivos de discriminación prohibidos que se reflejan en los instrumentos internacionales de derechos humanos, como la raza, el color, el sexo o el origen nacional o geográfico.

En cuarto lugar, durante el análisis y más adelante, durante todas las fases de la adopción de decisiones, aplicación, seguimiento y evaluación, los procesos deben ser transparentes y participativos.

Por último, según el principio de *no retrocesión* de los derechos, no se puede permitir que ningún derecho sufra deliberadamente un declive absoluto en su grado de realización, a menos que los pertinentes titulares de deberes puedan justificarlo en relación con la totalidad de los derechos en vigor en la situación de que se trata y *utilicen plenamente el máximo de recursos disponibles*.¹⁸ Así pues, cuando se asignen más recursos a los derechos que han recibido prioridad en un momento dado, los otros derechos deben mantener al menos su grado inicial de realización.¹⁹

¹⁸ Véase la observación general N.º 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, <http://www.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>.

¹⁹ E/CN.4/Sub.2/2004/18, párrs. 58 a 61.

15

¿Cómo pueden influir los derechos humanos en los presupuestos nacionales?

Todos los derechos pueden tener repercusiones presupuestarias. En esa medida, los presupuestos nacionales tienen una influencia considerable y directa en *cuáles* son los derechos humanos que se hacen efectivos y *para quién*. El análisis presupuestario es un instrumento decisivo para vigilar las diferencias entre las políticas y las medidas efectivamente adoptadas, para garantizar la realización progresiva de los derechos humanos, para promover opciones de política alternativas y el establecimiento de prioridades, y en última instancia para reforzar la rendición de cuentas de los titulares de deberes en el cumplimiento de éstos.

El presupuesto puede interpretarse como el resultado de sistemas y relaciones por los cuales se escuchan, ordenan por prioridad y financian las diversas necesidades y aspiraciones de un país. Las decisiones que adoptan los gobiernos sobre la forma de recaudar y distribuir los fondos, y sobre qué derechos se hacen efectivos y para quién, no carecen de valor ni son políticamente indiferentes.

Un enfoque del presupuesto basado en los derechos exige que esas decisiones se adopten con arreglo a principios de *transparencia, rendición de cuentas, no discriminación y participación*. Esos principios han de aplicarse en todos los niveles del proceso presupuestario, desde la fase de elaboración, que debe vincularse a los planes de desarrollo nacionales formulados mediante amplias consultas, pasando por la aprobación en el parlamento, que a su vez debe tener los debidos poderes de enmienda y tiempo suficiente para la evaluación minuciosa de las propuestas, la ejecución y el seguimiento.

Mientras que los debates presupuestarios son de índole primordialmente política, el contenido básico de las propias normas de derechos humanos puede servir de orientación para las instancias normativas y legislativas a la hora de sopesar las distintas exigencias que compiten por los limitados recursos, ayudando a velar, por ejemplo, por que:

- La educación primaria sea gratuita para todos;
- Se dé prioridad a las asignaciones presupuestarias dirigidas a los grupos más marginados o discriminados;
- Se disponga lo necesario para que haya niveles mínimos básicos de todos los derechos;
- Haya una mejora progresiva en la realización de los derechos humanos, y
- No se hagan efectivos deliberadamente unos derechos a costa de otros (por ejemplo, que los programas de salud no se vean comprometidos por una atención desproporcionada a la seguridad o al servicio de la deuda).

Aumento de la transparencia y el gasto social en los presupuestos públicos en el Ecuador

Durante la última parte de los años noventa, el Ecuador padeció una grave crisis macroeconómica, que tuvo como resultado una drástica reducción del gasto en programas sociales. Las tasas de pobreza se duplicaron entre 1998 y 1999, y el gasto en salud y educación se redujo en torno al 25%. Preocupadas por estos recortes, que resultaron particularmente devastadores para las familias ecuatorianas más pobres y vulnerables, las organizaciones de la sociedad civil, con apoyo del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), comenzaron a analizar el presupuesto nacional, trabajando con datos del Ministerio de Finanzas y Economía y con ayuda de un equipo de economistas de prestigio. El objetivo de este ejercicio era ayudar a los legisladores y a la población a comprender cómo funciona el presupuesto y qué prioridades refleja. La meta era alentar la creación de políticas públicas más equitativas basadas en un consenso sobre la obligación de la sociedad de satisfacer los derechos humanos de todos sus miembros y modificar las prioridades de gasto.

El análisis del presupuesto reveló que el gasto en programas sociales estaba disminuyendo drásticamente. Por ejemplo, en 1999 las inversiones en salud cayeron desde US\$ 198 millones hasta US\$ 96 millones. El gasto en los sectores sociales era desproporcionadamente bajo en comparación con las asignaciones para el reembolso de la deuda y otros sectores no sociales. Además, ciertas regiones, en particular aquellas donde la población indígena es mayoritaria, no estaban recibiendo una proporción equitativa de los beneficios sociales.

Resultados

Durante los cuatro últimos años, una amplia gama de grupos sociales, con apoyo del UNICEF, y los poderes ejecutivo y legislativo del Gobierno han colaborado para perfilar mejor el análisis presupuestario y aumentar el gasto social destinado a los grupos pobres y vulnerables. El gasto social ascendió hasta el 23,2% del presupuesto del Ecuador y la cuestión del gasto público fue objeto de un debate nacional generalizado y participativo. La cuestión se debatió abiertamente tanto en los medios de información como en el órgano legislativo, así como en el sector privado y los activos movimientos indígenas y de trabajadores del país. El debate público se centró también en cómo sostener el mayor gasto social, el examen del impacto de la deuda externa y la fuerte dependencia de los ingresos procedentes de la exportación de petróleo, y las desigualdades en la estructura fiscal nacional.

Los dirigentes políticos del Ecuador han trabajado con la sociedad civil para fortalecer un sistema nacional de seguimiento, el Sistema Integrado de Indicadores Sociales del Ecuador (SIISE), para seguir

de cerca los progresos realizados en las inversiones sociales tanto a escala nacional como por regiones. Gracias al programa mejoraron la transparencia y la rendición de cuentas en el Gobierno, las inversiones en servicios sociales, la participación de toda la población en las decisiones que la afectan, así como el acceso a la información y la eficiencia y eficacia del sector público.

Enseñanzas extraídas

Los mensajes tienen muchas más probabilidades de producir cambios si se ven respaldados por datos y acompañados por sugerencias realistas acerca de la forma en que puede conseguirse el cambio. Por ejemplo, centrándose en las desigualdades que aquejaban a la estructura fiscal en el Ecuador, el equipo económico fue capaz de demostrar dónde podrían conseguirse los fondos necesarios para los programas sociales. Tanto el Gobierno como la sociedad percibían que las prioridades podían modificarse en beneficio del conjunto de la sociedad.

Fuente: Seminario OACDH/PNUD sobre las prácticas de buen gobierno para la promoción de los derechos humanos, Seúl (República de Corea), 15 y 16 de septiembre de 2004, <http://www.ohchr.org/english/issues/development/governance/seminar.htm>.



Lecturas recomendadas:

- A. Norton and D. Elsom, *What's behind the budget? Politics, rights and accountability in the budget process* (Londres, Overseas Development Institute, 2002), <http://www.odi.org.uk/pppg/publications/books/budget.pdf> (en inglés).
- M. Diokno, "A rights-based approach towards budget analysis" (1999), <http://www.iie.org/Website/CustomPages/ACFE8.pdf> (en inglés).
- PNUD, "Public administration reform", practice note (abril 2004), <http://www.undp.org/policy/docs/practicenotes/PAR-PN.doc> (en inglés).
- The International Budget Project, <http://www.internationalbudget.org>.
- H. Hofbauer and G. Lara, "Health care: a question of human rights, not charity" (Fundar, April 2002), <http://www.internationalbudget.org/themes/ESC/health.pdf>.
- J. Streak, "The South African Children's Budget Unit (CBU) of Idasa", Presentación del Diálogo exploratorio sobre análisis presupuestario aplicado para la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales (México, 25 de enero de 2001), <http://www.internationalbudget.org/themes/ESC/casesa.pdf> (en inglés).
- ISODEC, Save the Children Fund Ghana y ActionAid Ghana, "Basic rights, equity and the public budget", workshop report (Sunyani, Ghana, agosto de 2000), p. 2, <http://www.isodec.org.gh/Papers/budgetworkshop-Ghana.PDF> (en inglés).
- Save the Children (Suecia), "Child-focused budget study: assessing the rights to education of children with disabilities in Vietnam" (Hanoi, 2000), <http://www.internationalbudget.org/resources/library/VietnamChild-Budgets.pdf> (en inglés).

EL ENFOQUE BASADO EN LOS DERECHOS HUMANOS: DEFINICIÓN Y ASPECTOS GENERALES

16

¿Qué es el enfoque basado en los derechos humanos?

El enfoque basado en los derechos humanos es un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano que desde el punto de vista normativo está basado en las normas internacionales de derechos humanos y desde el punto de vista operacional está orientado a la promoción y la protección de los derechos humanos. Su propósito es analizar las desigualdades que se encuentran en el centro de los problemas de desarrollo y corregir las prácticas discriminatorias y el injusto reparto del poder que obstaculizan el progreso en materia de desarrollo.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, la caridad por sí sola no es suficiente. En un enfoque de derechos humanos, los planes, las políticas y los procesos de desarrollo están anclados en un sistema de derechos y de los correspondientes deberes establecidos por el derecho internacional. Ello contribuye a promover la sostenibilidad de la labor de desarrollo, potenciar la capacidad de acción efectiva de la población, especialmente de los grupos más marginados, para participar en la formulación de políticas, y hacer responsables a los que tienen la obligación de actuar.

Aunque no existe una receta universal para el enfoque basado en los derechos humanos, los organismos de las Naciones Unidas han acordado un conjunto de atributos fundamentales (véase el anexo II):

- Cuando se formulan las políticas y los programas de desarrollo, el objetivo principal deberá ser la realización de los derechos humanos.
- Un enfoque basado en los derechos humanos identifica a los *titulares de derechos* y aquello a lo que tienen derecho, y a los correspondientes *titulares de deberes* y las obligaciones que les incumben, y procura fortalecer la capacidad de los titulares de derechos para reivindicar éstos y de los titulares de deberes para cumplir sus obligaciones.

Ilustración práctica del enfoque basado en los derechos humanos: aumento de la capacidad de los titulares de derechos y los titulares de deberes

Un ejemplo reciente de Malawi proporciona una excelente ilustración del enfoque basado en los derechos, particularmente porque se vincularon la educación y el activismo en materia de derechos en las aldeas con la labor de promoción jurídica en el nivel del Gobierno. De este modo, la campaña trabajó por un lado con los titulares de deberes, para velar por que los derechos necesarios quedaran consagrados en la legislación en los niveles nacional y local, y por otro lado, con los titulares de derechos, para informarles de los derechos que tenían, qué relación guardaban esos derechos con su seguridad alimentaria y cómo podían proceder para reivindicarlos.

La Constitución de Malawi de 1998 (artículo 13) afirma que "el Estado promoverá activamente el bienestar y el desarrollo del pueblo de Malawi adaptando y aplicando progresivamente políticas y leyes encaminadas a alcanzar los objetivos siguientes: ... b) nutrición: conseguir una nutrición adecuada para todos a fin de promover la buena salud y la autosuficiencia". Además, Malawi ha ratificado los mecanismos jurídicos internacionales necesarios para garantizar el derecho a los alimentos, incluidos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre los Derechos del Niño.

La campaña sobre el derecho a los alimentos en Malawi se inició en el nivel de las aldeas, educando a la población acerca de sus derechos y obteniendo nuevos conocimientos acerca de las causas subyacentes de su inseguridad alimentaria. La campaña vinculó las experiencias particulares de los aldeanos, los derechos humanos en los que podían basarse para hacer frente al hambre y cómo podría emprenderse una campaña de ese tipo. Grupos de trabajo en el nivel de las aldeas aunaron sus esfuerzos de organización para llegar a las instancias regionales y después nacionales, manteniendo la representación de los grupos del nivel de las aldeas. Estos grupos vincularon sus problemas cotidianos de hambre con propuestas de política para leyes y actuaciones nacionales, velando por que la población pudiera reivindicar los derechos necesarios para atender sus necesidades.

Fuente: http://www.escri-net.org/GeneralDocs/MDG_Comment_Hunger.doc
(en inglés)

- Los principios y las normas²⁰ contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos deben orientar toda la labor de cooperación y programación del desarrollo en todos los sectores y en todas las fases del proceso de programación.

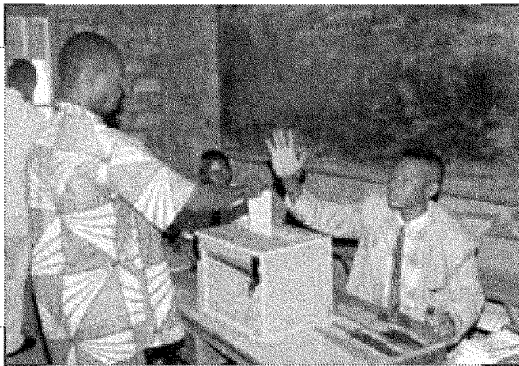
Lecturas recomendadas:

- Véase el anexo III. Para más ejemplos prácticos, véase OACDH y PNUD, *Lessons Learned From Rights-Based Approaches in the Asia-Pacific Region*, 2005, http://www.un.or.th/ohchr/SR/Regional_Office/forums/llp_regional_consultation/LLP_Documentation_of_case_studies.pdf (en inglés).

17

¿Qué valor añade al desarrollo el enfoque basado en los derechos humanos?

Hay dos argumentos principales en favor del enfoque basado en los derechos humanos: a) el argumento intrínseco, que reconoce que el enfoque basado en los derechos humanos es lo correcto desde el punto de vista moral o jurídico; y b) el argumento instrumental, que reconoce que un enfoque basado en los derechos humanos conduce a resultados mejores y más sostenibles en materia de desarrollo humano. En la práctica, la razón para aplicar un enfoque basado en los derechos humanos suele ser una mezcla de ambos argumentos.



²⁰ Entre los principios operacionales que deben observarse en el proceso de programación figuran los siguientes: universalidad e inalienabilidad; indivisibilidad; interdependencia e interrelación; igualdad y no discriminación; participación e inclusión, y rendición de cuentas e imperio de la ley (véase el anexo III).

La cuestión de añadir valor recurre primordialmente al argumento instrumental en favor del enfoque basado en los derechos humanos. Importa señalar que el enfoque basado en los derechos humanos se propone aprovechar y aprender de las enseñanzas extraídas de las buenas prácticas de desarrollo, en lugar de descartarlas, y reforzar los argumentos en favor de una aplicación más uniforme de esas enseñanzas. Tanto los datos objetivos como la práctica demuestran la importancia decisiva que tienen para el desarrollo muchos resultados de derechos humanos, como la mejora de la educación de las niñas,²¹ la mejora de la seguridad de tenencia²² y la mejora del acceso de la mujer a la tierra, así como la importancia de los derechos civiles y políticos para la buena gobernanza.²³

El valor práctico de un enfoque basado en los derechos humanos para el desarrollo reside en lo siguiente:

1. *¿Los derechos de quién?* El enfoque basado en los derechos humanos se centra en la realización de los derechos de las poblaciones excluidas y marginadas, y de aquellas cuyos derechos corren el riesgo de ser infringidos, basándose en la premisa de que un país no puede avanzar de forma sostenida sin reconocer los principios de derechos humanos (especialmente la universalidad) como principios básicos de gobernanza. La universalidad significa que todas las personas tienen derechos humanos, aunque las limitaciones de recursos obliguen a fijar prioridades. No significa que todos los problemas de todas las personas deban ser abordados de una vez.
2. *Un planteamiento holístico.* Un programa orientado por el enfoque basado en los derechos humanos adopta una visión holística del entorno, teniendo en cuenta la familia, la comu-

²¹ Véase, por ejemplo, S. Bhalla, S. Saigal y N. Basu, "Girls' education is it: nothing else matters (much)", documento de trabajo del Banco Mundial, 6 de marzo de 2003, http://www-wds.worldbank.org/servert/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/03/01/000265513_20040301102825/Rendered/PDF/28016.pdf.

²² Banco Mundial, *Informe sobre el Desarrollo Mundial 2003: Panorama General*, págs. 10-11 y 18: "La eliminación de la amenaza de expulsión sumaria hace posible la transformación económica y social de asentamientos bajos informales, al darles a los residentes derechos y responsabilidades que cambian sus relaciones con las instituciones formales y entre ellos mismos". Según se ha observado en programas oficiales para regularizar los barrios de favelas (barrios bajos) en el Brasil, por ejemplo, la seguridad de la tenencia desencadena "un círculo virtuoso de acceso equitativo a bienes urbanos, así como de inclusión política y económica, al darles a los residentes derechos y responsabilidades como ciudadanos que tienen interés en el futuro de la ciudad".

²³ Las publicaciones al respecto son abundantes, pero véase, por ejemplo, D. Kaufmann, A. Kraay y P. Zoido-Lobaton "Governance matters: From measurement to action", *Finance and Development*, vol. 37, N.º 2 (junio de 2000), págs. 10-13; J. Isham, D. Kaufmann y L. Pritchett, "Civil liberties, democracy, and the performance of Government projects", *The World Bank Economic Review*, Vol. 11, N.º 2 (May 1997), pág. 219; y D. Dollar and L. Pritchett, *Assessing Aid: What Works, What Doesn't, and Why* (Nueva York, Banco Mundial y Oxford University Press, 1998), pág. 136: "[W]hen civil liberties allow it there is greater expression of all types of citizen voice and that ultimately this voice is a force for improving government performance". (Cuando las libertades civiles lo permiten, aumenta la expresión de todo tipo de voces ciudadanas, que en última instancia actúan como fuerza para mejorar la acción del gobierno.)

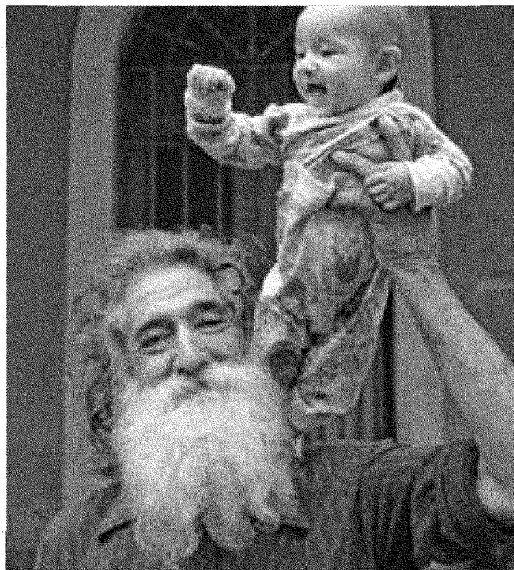


nidad, la sociedad civil y las autoridades locales y nacionales. Tiene presente el marco social, político y legal que determina la relación entre esas instituciones y las exigencias, los deberes y las responsabilidades resultantes. Un enfoque basado en los derechos humanos suprime los sesgos sectoriales y facilita una respuesta integrada a problemas de desarrollo que tienen múltiples dimensiones.

3. *Instrumentos internacionales.* Los resultados específicos, el nivel de prestación de servicios y la conducta se derivan de los instrumentos universales de derechos humanos, los convenios y otros objetivos, metas, normas o reglamentos internacionalmente acordados. El enfoque basado en los derechos humanos ayuda a los países a traducir esas metas y normas en resultados nacionales alcanzables en un plazo determinado.
4. *Proceso participativo.* Las responsabilidades en el logro de esos resultados o niveles se determinan mediante procesos participativos (elaboración de políticas, planificación nacional) y reflejan el consenso entre las personas cuyos derechos son

infringidos y las personas que tienen el deber de actuar al respecto. El enfoque basado en los derechos humanos pretende tanto ayudar en la formulación participativa del necesario marco político y legislativo como velar por que los procesos participativos y democráticos sean institucionalizados a nivel local y nacional (inclusive aumentando la capacidad de las familias, las comunidades y la sociedad civil para participar constructivamente en los foros pertinentes).

5. *Transparencia y rendición de cuentas.* Un enfoque basado en los derechos humanos ayuda a formular políticas, leyes, reglamentos y presupuestos que determinan claramente qué derechos humanos particulares hay que abordar (qué debe hacerse y en qué grado, quién es responsable) y vela por que se disponga de las capacidades necesarias (o de recursos para conseguir las capacidades que faltan). El enfoque contribuye a que el proceso de formulación de políticas sea más transparente y da a la población y las comunidades capacidad de acción para que los que tienen el deber de actuar rindan cuentas al respecto, asegurando que existan vías de reparación efectivas en caso de violación de derechos.
6. *Vigilancia.* Un enfoque del desarrollo basado en los derechos humanos apoya la vigilancia de los compromisos del Estado con la ayuda de las recomendaciones de los órganos creados en virtud de los tratados de derechos humanos, y mediante evaluaciones públicas e independientes de la actuación del Estado.



7. *Resultados sostenidos.* Un enfoque basado en los derechos humanos lleva a resultados mejores y sostenidos en los esfuerzos de desarrollo y hace que las inversiones den mayores beneficios por los siguientes medios:

- Aumentando la capacidad de los principales agentes para emprender el diálogo, cumplir sus propias responsabilidades y hacer que el Estado rinda cuentas;
- Fortaleciendo la cohesión social mediante la búsqueda del consenso con procesos participativos y canalizando la asistencia a los excluidos y más marginados;
- Codificando el consenso social y político sobre la rendición de cuentas en materia de resultados en leyes, políticas y programas acordes con los convenios internacionales;
- Anclando los derechos humanos en un marco de leyes e instituciones;
- Institucionalizando los procesos democráticos, y
- Fortaleciendo las capacidades de las personas y las instituciones para cumplir sus obligaciones, expresadas en leyes, políticas y programas locales, nacionales e internacionales.

Valor añadido del enfoque basado en los derechos humanos: utilización de los derechos para influir en el poder

Transformar el reparto de poder existente, pilar del enfoque basado en los derechos humanos, no carece de dificultades. Aunque no hay dos situaciones exactamente iguales, la experiencia muestra las diversas formas en que se ha utilizado el enfoque basado en los derechos humanos para modificar la dinámica del poder en la labor de desarrollo y un conjunto de estrategias para contribuir a reducir los riesgos al mínimo:

- Cartografiar las relaciones de poder que influyen en la situación particular. El poder es dinámico, sus diferentes dimensiones cambian constantemente, tienen carácter relacional y no son siempre visibles. La falta histórica de poder puede estar socializada y oculta, asfixiando la propensión y la capacidad de la población para aceptar que tiene derechos y para reclamarlos.
- Utilizar el lenguaje de forma estratégica. El lenguaje de los derechos humanos puede ser muy potente, tanto para bien como para mal. En algunos contextos puede "hacernos callar" mientras que en otros puede servir a nuestra causa.
- Acopiar pruebas sólidas y utilizar los conocimientos de forma estratégica. Hay que documentar casos en los que el enfoque basado en los derechos humanos ha dado buenos frutos, y utilizar las pruebas firmes y convincentes de forma estratégica, superando sesgos disciplinarios o de otro tipo (por ejemplo, poniendo en tela de juicio la suposición de que con más hospitales se reducirá la

mortalidad infantil mientras que la realización de los derechos y la emancipación de la mujer no lo harán).

- Elaborar, modificar y reformar las "reglas del juego". Un aspecto clave del poder es la capacidad para utilizar los conocimientos para determinar qué puede conseguirse, fijar normas y delimitar lo que cuenta como conocimiento y quién tiene ese conocimiento. Elaborar, modificar y reformar las reglas del juego es una de las maneras que tienen las personas para conseguir cambios.
- Identificar y explotar estratégicamente los puntos de acceso y los anclajes, adaptando la propia ventaja comparativa o la de la organización a los tipos de espacios y agentes en los que se pretende influir.
- Entablar alianzas, coaliciones y redes estratégicas con otros agentes que comparten un concepto semejante.
- Reforzar la capacidad de acción. Aumentar la capacidad de la población en espacios creados y reclamados para articular sus derechos.
- Llevar las ideas a la práctica. Los agentes del desarrollo deben demostrar responsabilidad y rendir cuentas por sus propios actos si pretenden modificar las relaciones de poder en otros ámbitos.

Fuente: A. Hughes y J. Wheeler, "Rights and power workshop: report" (Brighton, Institute of Development Studies, 17-20 de diciembre de 2003), <http://www2.ids.ac.uk/drc/itizier/docs/r&pworkshopreportfinal.pdf> (en inglés solamente).

18 ¿Cuál es la relación entre un enfoque basado en los derechos humanos y la incorporación de la perspectiva de género?

El enfoque del desarrollo basado en los derechos humanos y la incorporación de la perspectiva de género son complementarios y se refuerzan mutuamente, y pueden llevarse a efecto sin conflictos ni duplicación.

La incorporación de las cuestiones de género exige la integración de una perspectiva de género en las actividades de desarrollo, con el objetivo último de alcanzar la igualdad en este ámbito.²⁴ El enfoque basado en los derechos humanos integra las normas internacionales de derechos humanos con los principios que rigen las actividades de desarrollo, incluidos los derechos humanos de la mujer y la pro-

²⁴ En sus conclusiones convenidas 1997/2, el Consejo Económico y Social definió la incorporación de la perspectiva de género como "el proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles. Es una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El objetivo final es lograr la igualdad entre los géneros". Documentos Oficiales de la Asamblea General, Quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento N.º 3 (A/52/3/Rev.1), capítulo IV, párr. 4.

hibición de la discriminación por razones de sexo. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha analizado en detalle y profundidad la forma en que la desigualdad afecta a las mujeres en sus vidas, lo cual supone una importante aportación para la elaboración de políticas y la programación en materia de desarrollo. Cuando está respaldado por sistemas nacionales de rendición de cuentas, el enfoque basado en los derechos humanos puede reforzar enormemente el progreso hacia la igualdad de género.

La incorporación de las cuestiones de género y el enfoque del desarrollo basado en los derechos humanos tienen mucho en común. Ambos se apoyan en un marco analítico que puede aplicarse a todas las actividades de desarrollo (para el primero, la distinta situación que experimentan y los distintos papeles que desempeñan hombres y mujeres en una sociedad dada, y respecto del último, un marco normativo basado en derechos y obligaciones). Ambos exigen prestar atención a los efectos de las actividades en el bienestar de grupos concretos, así como a la importancia de la potenciación de la autonomía y la participación en la toma de decisiones. Ambos se aplican a todas las fases de las actividades (diseño, ejecución, seguimiento y evaluación) y a todos los tipos de actuaciones (legislación, políticas y programas). Por último, ambos exigen la aplicación sistemática de enfoques nuevos y diferentes a las actividades en curso en lugar de desarrollar actividades nuevas que se suman a las existentes.

En la mayoría de las organizaciones, la incorporación de las cuestiones de género es un concepto más familiar que la incorporación de los derechos humanos. Las estructuras y los procesos establecidos para velar por la incorporación de la perspectiva de género pueden emularse o adaptarse para facilitar la introducción de un enfoque basado en los derechos humanos en la programación más general. Pero, del mismo modo, es necesario aprender de las situaciones en las que la incorporación de las cuestiones de género ha fracasado. Si el personal percibe que la incorporación de las cuestiones de género (o de los derechos humanos) es una exigencia burocrática o técnica sin verdaderas repercusiones en su propio trabajo, y si las estructuras de incentivos internas son débiles y los canales de rendición de cuentas son poco claros, es posible que el enfoque no tenga efecto alguno.

19 ¿Puede un enfoque basado en los derechos humanos ayudar a resolver los conflictos entre los distintos interesados directos en el desarrollo?

Sí. Aunque el desarrollo no es un juego de suma cero, no es posible realizar de golpe todos los derechos de todas las personas. Los conflictos de intereses son inevitables, y los agentes de desarrollo



Derechos humanos: un marco para resolver conflictos en caso de reclamaciones contrapuestas sobre recursos compartidos

La Comisión Mundial de Represas era un órgano independiente patrocinado por el Banco Mundial para examinar el funcionamiento de grandes represas y formular recomendaciones para la futura planificación de proyectos de agua y energía. En 2000, tras dos años de investigar proyectos de desarrollo de represas, produjo un informe final, "Represas y desarrollo: un nuevo marco para la toma de decisiones". En el informe se afirmaba que, dada la importancia de las cuestiones relacionadas con los derechos así como el carácter y la magnitud de los riesgos potenciales para todas las partes interesadas, los derechos humanos deberían ser el punto de referencia fundamental en todas las iniciativas relacionadas con las represas.

La Comisión sostenía que, en el futuro, no sólo las represas sino todo el debate en torno al desarrollo exigiría adoptar un enfoque basado en los derechos en el que el reconocimiento de los derechos y la evaluación de los riesgos constituirían la base para las decisiones negociadas en materia de represas y sus alternativas. Ese enfoque basado en los derechos, según la Comisión, debería incluir un proceso de evaluación de las reparaciones y la restauración ambiental así como la elaboración de planes para compartir los beneficios.

Para más información sobre la Comisión Mundial de Represas, vease http://www.dams.org/report/wcd_informe.htm.

pueden influir profundamente en la distribución de ganadores y perdedores en el nivel nacional. Los conflictos que se ocultan bajo la alfombra y las demandas a las que no se presta atención pueden dar lugar a violentas confrontaciones. A la inversa, y de forma más positiva, un conflicto no violento puede ayudar a crear un espacio para el diálogo y generar un impulso para el cambio social. Teniendo presentes los derechos humanos, los programas y los

agentes de desarrollo pueden ayudar a abordar y gestionar conflictos, por ejemplo:

- Emprendiendo evaluaciones del impacto social y análisis del riesgo antes de llevar a cabo cualquier iniciativa de política o programa importante de desarrollo, y previendo un seguimiento participativo a lo largo de todo el proceso.
- Fortaleciendo los componentes de acceso a la justicia dentro de los programas y políticas de desarrollo, comenzando por el fortalecimiento de las capacidades de acopio y análisis de datos y de seguimiento, y garantizando vías de reparación accesibles (tanto oficiales como oficiosos) cuando se infringen los derechos. Pueden establecerse mecanismos de educación en derechos humanos y de reparación como parte de los proyectos de desarrollo para aumentar la concienciación sobre los derechos humanos y proporcionar un medio abierto y constructivo de canalizar las reclamaciones y resolver las controversias.
- Alentando grupos jurídicos alternativos, grupos parajurídicos y otras organizaciones relacionadas de la sociedad civil para ayudar a mediar en los conflictos, asistir a las personas en sus relaciones con el sistema judicial y facilitar los trámites burocráticos. Los auxiliares jurídicos y los mediadores han ayudado a resolver controversias sobre propiedad y uso de la tierra en muchos países, por ejemplo entre beneficiarios de la reforma agraria y propietarios de tierras.
- Cuando el apoyo se orienta hacia ciertos grupos a expensas de otros, particularmente después de un conflicto, el riesgo de conflicto violento debe tenerse presente desde el principio, así como los intereses de otros grupos en la medida de lo posible.
- El principio del "interés superior del niño" (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3) es un principio de mediación para ayudar a resolver conflictos en los que están involucrados los derechos de los niños. Puede ayudar a resolver enfrentamientos entre los derechos de los niños y las responsabilidades de los padres en materia de acceso a la atención de salud o la escolarización, por ejemplo.

20 ¿Exige el enfoque basado en los derechos humanos que los organismos de desarrollo de las Naciones Unidas abandonen su imparcialidad?

No. El sistema de cooperación de las Naciones Unidas tiene el mandato y la función de proporcionar asesoramiento de políticas y apoyo de programación de carácter imparcial.

Sin embargo, el desarrollo y la política están inextricablemente vinculados. A menudo se ha acusado a los agentes de desarrollo de abordar los problemas de desarrollo desde una perspectiva artificialmente tecnocrática, aminorando la importancia de los factores políticos o pasándolos por alto. Hoy se reconoce en general que el desarrollo humano sostenible puede ser difícil de conseguir si no se abordan los desequilibrios de poder que perjudican a grupos particulares de personas y se abren espacios para el diálogo público.

El enfoque basado en los derechos humanos exige una apreciación más completa de las dimensiones políticas del desarrollo. Así, la programación se orienta a apoyar a los Estados en la determinación de las causas básicas de que no se realicen los derechos humanos (pautas de discriminación arraigadas, clientelismo y mala gobernanza) y a abordar esas causas. Para ello hay que comprender mejor la autoridad, la motivación y los recursos necesarios para producir el cambio social, lo que entraña aumentar la concienciación, labor de promoción, movilización social y potenciación de la capacidad de acción más allá del aumento de la capacidad y la prestación de servicios más tradicionales. Pueden necesitarse alianzas de base amplia y nuevas asociaciones para hacer frente a esos retos, encontrando un equilibrio viable entre el compromiso constructivo con los asociados nacionales y, cuando se necesite, una promoción fundada en principios.



Retos “políticos” en el desarrollo

La reducción de la pobreza es un objetivo fundamentalmente político: quizá haya que transformar las relaciones de poder, el acceso a los recursos del Estado, las prioridades de política del Gobierno, los marcos legislativos e incluso las garantías constitucionales si se pretende mejorar las oportunidades de los pobres para disponer de medios de subsistencia seguros, disfrutar de acceso a los servicios del Estado y ser menos vulnerables. Aunque la reducción de la pobreza no sea necesariamente un juego de suma cero, es inevitable que haya ganadores y perdedores en el proceso de cambio, dado que los intereses creados ya no quedan protegidos, las prácticas discriminatorias llegan a su fin y las políticas adquieren una base más amplia y benefician a grupos sociales más diversos.

Fuente: L. H. Piron y A. Evans, “Politics and the PRSP approach: synthesis paper”, ODI working paper 237 (Londres, Overseas Development Institute, marzo de 2004), pág. 4, http://www.prpsynthesis.org/wp237_politics_synthesis.pdf (en inglés).

A pesar de ello, en ocasiones el enfoque basado en los derechos humanos se observa con suspicacia como una condición impuesta desde el exterior, o como la última moda en desarrollo, o como una importación de los donantes. Esas preocupaciones a veces se manifiestan de buena fe, aunque en ocasiones enmascaran un deseo de sustraerse a las obligaciones en materia de derechos humanos. Se necesita una comunicación clara sobre el significado singular y los requisitos del enfoque basado en los derechos humanos en todas las situaciones, en el marco de una genuina asociación en pro del desarrollo. Las Naciones Unidas y todos los que participan en la aplicación de un enfoque basado en los derechos humanos deben actuar de acuerdo con lo que predicán si quieren gozar de credibilidad en los diálogos de política sobre estas cuestiones.

21

¿Es compatible un enfoque basado en los derechos humanos con el requisito de la identificación nacional?

Sí. El enfoque basado en los derechos humanos se apoya en las normas internacionales de derechos humanos voluntariamente suscritas por el país de que se trate. Los organismos de desarrollo de las Naciones Unidas y otros “sujetos del derecho internacional” están jurídicamente obligados a respetar y a funcionar dentro de los límites establecidos por las normas legales internacionales voluntariamente asumidas por los Estados, incluidas las que guardan relación con los derechos humanos.

Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos están obligados a armonizar su legislación nacional con las normas internacionales. Es por esa razón que las constituciones nacionales de muy distintos ordenamientos jurídicos reflejan de modo creciente no sólo derechos civiles y políticos sino también derechos económicos, sociales y culturales. En esta medida, los objetivos fundamentales de derechos humanos expresados en la Carta de las Naciones Unidas, pilar de todas las actividades de desarrollo apoyadas por las Naciones Unidas, están en consonancia con el principio de identificación nacional y basadas en él.

IV REPERCUSIONES DEL ENFOQUE BASADO EN LOS DERECHOS HUMANOS PARA LA PROGRAMACIÓN DEL DESARROLLO

22 ¿Qué relación guardan las normas de derechos humanos con el proceso de programación del desarrollo?

Las *normas* de derechos humanos reflejadas en los tratados internacionales, lo mismo que *principios* tales como la participación, la no discriminación y la rendición de cuentas, deben guiar todas las fases de la programación.

Las normas contenidas en los tratados de derechos humanos son obligatorias para los países que los han ratificado y ayudan a definir los objetivos de los programas de desarrollo. Por ejemplo, los objetivos de un programa de seguridad alimentaria pueden reformularse explícitamente para que se haga efectivo el *derecho a alimentos en cantidad suficiente* consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre los Derechos del Niño.²⁵ Orientados por las normas de derechos humanos, los programas de gobernanza pueden contribuir de forma más explícita a realizar los derechos a la libertad y la seguridad de la persona, y los derechos humanos referidos a la participación política y la administración de justicia previstos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El derecho a la inscripción del nacimiento (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 7) es un elemento importante de la programación del UNICEF en ciertas regiones, dada la importancia de ese derecho para el disfrute de todos los demás. El derecho a la protección de la vida privada (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 17) puede ser decisivo para combatir la discriminación y la estigmatización que subyacen en la pandemia de VIH/SIDA.

Las normas de derechos humanos fortalecen y profundizan el análisis de situaciones (véase la pregunta 26). También establecen ciertas condiciones para realizar y vigilar los progresos de los programas de desarrollo (preguntas 27 a 30). Las observaciones generales de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, así como sus recomendaciones a países concretos, pueden proporcionar una orientación más detallada sobre lo que significan las normas internacionales de derechos humanos en todas las fases de programación.

²⁵ Para un análisis del valor que el enfoque basado en los derechos humanos añade a la seguridad alimentaria en relación con el Objetivo de Desarrollo del Milenio I, véase http://www.escri-net.org/GeneralDocs/MDG_Comment_Hunger.doc (en inglés).

Las normas de derechos humanos como guía para los programas del sector de la justicia del Banco Interamericano de Desarrollo (BID)

Reconociendo que la democracia y los derechos humanos contribuyen a crear condiciones apropiadas para el desarrollo, la labor del sector de justicia del BID ha comenzado a tener explícitamente en cuenta las normas internacionales de derechos humanos. Las normas de derechos humanos se incorporan a las actividades de manera particularmente específica en las siguientes esferas: 1) como punto de acceso en cuestiones controvertidas como la independencia judicial; 2) proporcionando una justificación así como un marco normativo para los proyectos de justicia civil que se ocupan de los derechos de los pueblos indígenas; 3) definiendo el contenido de proyectos en la reforma de la justicia penal, incluidas orientaciones para juicios imparciales, la labor en materia de justicia de menores, entre otros; 4) definiendo indicadores para seguir de cerca los resultados de los proyectos; y 5) ayudando al BID a determinar las condiciones en las que debe retirar el apoyo a los programas en ámbitos sensibles, por ejemplo en la reforma de la policía y los centros penitenciarios. Las instituciones de derechos humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos desempeñan un papel cada vez más importante como asociados en la ejecución. Las organizaciones y ONG dedicadas a los derechos humanos también desempeñan una función importante de vigilancia para reducir al mínimo las violaciones de derechos humanos en los proyectos que reciben apoyo del BID.

Fuente: Christina Biebasheimer, "The impact of human right principles on justice reform in the Inter-American Development Bank", en *Human Rights and Development: Towards Mutual Reinforcement*, P. Alston and M. Robinson, eds. (Oxford University Press, 2005), págs. 269-296 (en inglés).

23 ¿Qué significa el principio de igualdad y no discriminación para la programación?

Todas las personas son iguales como seres humanos y en virtud de su dignidad intrínseca. Todos los seres humanos tienen derecho al disfrute de sus derechos humanos sin discriminación de ningún tipo

por motivo de raza, color, sexo, origen étnico, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, discapacidad, propiedades, nacimiento u otra condición. Mientras que los programas de desarrollo no pueden llegar a todas las personas al mismo tiempo, debe darse prioridad a las más marginadas.

Con demasiada frecuencia los procesos y los beneficios del desarrollo se orientan a los grupos privilegiados nacionales y locales. La programación no puede dirigirse solamente a los grupos de más fácil acceso, como las poblaciones urbanas en lugar de las rurales o la educación de los chicos en lugar de la de las chicas; de lo contrario los desequilibrios de poder existentes sencillamente se verán exacerbados. También es preciso evitar la discriminación no intencionada o indirecta. Esto podría ocurrir, por ejemplo, cuando se invita al público en general a participar en el diseño de programas, pero algunos grupos quedan excluidos porque viven en zonas remotas. La programación debe ayudar a hacer frente a las causas subyacentes y sistémicas de la discriminación con el fin de promover una igualdad auténtica y sustantiva. En particular, la programación quizá tenga que hacer lo siguiente:

- Dirigir la atención prioritaria hacia los que sufren discriminación y están desfavorecidos en cualquier contexto dado, especialmente los grupos más pobres y los que sufren discriminación múltiple, como las mujeres rurales de una minoría étnica.
- Fortalecer las capacidades de acopio y análisis de datos para garantizar que los datos estén desglosados, en la medida de lo posible, por criterios de raza, color, sexo, situación geográfica, entre otros.
- Promover medidas especiales temporales para igualar las condiciones y rectificar la discriminación estructural, incluso con medidas afirmativas para las mujeres y foros especiales de participación.



- Hacer que la información de los proyectos esté disponible en formatos accesibles y en idiomas minoritarios.
- Apoyar la educación cívica, las campañas de comunicación, la reforma legislativa y el fortalecimiento institucional (incluidas las instituciones nacionales de derechos humanos) para promover actitudes no discriminatorias y un cambio de comportamiento.

24 ¿Qué significa el principio de rendición de cuentas para la programación?

Una buena programación del desarrollo exige que los interesados directos (incluidos los donantes y los organismos de desarrollo) rindan cuentas sobre resultados concretos. El enfoque basado en los derechos humanos va más allá incorporando esas responsabilidades a un marco de derechos humanos específicos y las correspondientes obligaciones establecidas por el derecho internacional.

Para garantizar la rendición de cuentas, un enfoque de la programación basado en los derechos humanos comienza por determinar los obstáculos concretos a que se enfrentan los titulares de obligaciones en el cumplimiento de éstas. Ese análisis establece la línea de partida para formular estrategias de desarrollo a fin de eliminar dichos obstáculos. Pero para que la rendición de cuentas sea eficaz, ha de ser demandada. Por consiguiente, el enfoque basado en los derechos humanos también exige analizar las capacidades que deben tener los titulares de los derechos, especialmente los más pobres y más desfavorecidos, para reivindicar sus derechos de forma eficaz. Se necesitan mecanismos de rendición de cuentas accesibles, transparentes y efectivos en los niveles central y local.

Garantizar la rendición de cuentas puede ser difícil en la práctica, particularmente cuando las capacidades nacionales son escasas o los titulares de deberes no están dispuestos a actuar. No hay respuestas hechas a medida para todas las situaciones. Las estrategias pueden ser de apoyo o de confrontación, y entre ellas cabe citar las siguientes:

- Aumentar la concienciación respecto de los derechos y responsabilidades, y desarrollar las capacidades de los titulares de deberes en los niveles central y local para que cumplan sus obligaciones. La comprensión y la identificación de los titulares de deberes pueden aumentarse haciendo participar a los interesados directos en el análisis, la planificación de programas, la ejecución y los exámenes.
- Entablar relaciones entre los titulares de derechos y los titulares de deberes mediante el trabajo conjunto.

- Aumentar los incentivos a la obtención de mejores resultados por los titulares de deberes, educando a las personas acerca de sus derechos, creando alianzas más amplias para el cambio social en la sociedad, promoviendo una elaboración de presupuestos transparente y aumentando las capacidades de análisis presupuestario, apoyando la promoción para la información y las estadísticas necesarias para seguir los progresos en la realización de los derechos humanos, aumentando las capacidades de análisis de políticas y de evaluación del impacto social, alentando la libertad de los medios de información y mejorando las capacidades de los que tienen reclamaciones que hacer para reivindicar sus derechos.
- Fortalecer los mecanismos de rendición de cuentas centrales y locales (judiciales, cuasijudiciales y administrativos). Los mecanismos de justicia oficiosos, incluidos los sistemas tradicionales indígenas, deben tenerse en cuenta junto con el sistema de justicia oficial, buscando la armonización con las normas internacionales en cuanto a la administración de justicia.
- Reforzar las capacidades de las instituciones nacionales de derechos humanos, incluidas sus capacidades para seguir los progresos en la realización de los derechos económicos y sociales.
- Garantizar que las leyes nacionales estén en consonancia con las normas de los tratados internacionales de derechos humanos, y que en ellas se describan los deberes con la mayor claridad posible en los niveles nacional, provincial, de distrito y local.
- Cuando los titulares de deberes son empresas privadas o agentes no gubernamentales (por ejemplo cuando las funciones de gobernanza están privatizadas), promover el cumplimiento de las normas internacionales de derechos humanos y los códigos de conducta voluntarios, vigilar los resultados y hacerlos públicos. Garantizar que los deberes estén expresados claramente en las leyes y las políticas nacionales y que el marco reglamentario incluya mecanismos de reparación en caso de infracciones.
- Cuando se están restableciendo instituciones débiles, como en Estados que acaban de sufrir un conflicto, los agentes del desarrollo deben fortalecer no sólo las instituciones del Estado sino también las instituciones que cumplen un papel de prestación de servicios y de vigilancia.
- Promover un mayor conocimiento y aceptación de los procesos nacionales de presentación de informes en virtud de los tratados internacionales de derechos humanos en vigor en el país de que se trate, dando amplia publicidad a las recomendaciones de los órganos creados en virtud de tratados.
- Alentar un mayor recurso a los "procedimientos especiales" de derechos humanos y los procedimientos internacionales de recurso disponibles con arreglo a los tratados internacionales de derechos humanos.

El principio de la rendición de cuentas también tiene varias repercusiones en el proceso de programación:

- Utilizar datos cualitativos (esto es, encuestas de opinión o conclusiones de órganos de expertos) como complemento de los datos cuantitativos (por ejemplo los indicadores mundiales de los Objetivos de Desarrollo del Milenio) para saber si una política concreta está contribuyendo a conseguir el deseado cambio de conducta.
- Velar por que la vigilancia tenga lugar con carácter sostenido a lo largo de toda la duración de los programas de desarrollo. La vigilancia debe ser participativa y en ella deben intervenir todos los interesados directos tanto como sea factible, permitiéndoles evaluar al mismo tiempo los progresos y las revisiones que sean necesarias. Esto debe vincularse a los procesos de presentación de informes a los organismos y a los sistemas de rendimiento del personal.
- Establecer sistemas de vigilancia en el nivel de equipo de las Naciones Unidas en el país y en el nivel de los organismos. Los grupos temáticos de los equipos de las Naciones Unidas en los países deben velar por que los derechos humanos sean un elemento transversal en sus actividades. Para vigilar este aspecto sería útil contar con un grupo temático independiente sobre derechos humanos. Tal vez se necesiten también otros sistemas de vigilancia, como

Uso de las recomendaciones de los órganos creados en virtud de tratados para fortalecer la rendición de cuentas en materia de derechos humanos: evaluación común en el país (ECP) en Filipinas

La ECP realizada en Filipinas (2003) destacó una observación clave formulada por el Comité de los Derechos del Niño acerca del informe del país sobre el fracaso del Gobierno a la hora de cumplir las normas internacionales en materia de justicia de menores, especialmente el uso del encarcelamiento como castigo en lugar de la rehabilitación. La ECP también observó ciertas creencias y prácticas tradicionales que toleran el abuso y la explotación de los niños, y cita el Convenio de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (N.º 182) como importante herramienta para que los agentes del Gobierno y del sector privado pongan fin a esta lacra. El uso de los Convenios de la OIT en el análisis llevó a la identificación de diversos titulares de deberes.

Fuente: OHCHR, "Human rights-based approach to development: good practices and lessons learned from the 2003 CCAs and MANUDs" (December 2004), p. 6, http://www.undg.org/documents/5683-Review_of_2003_CCAs_and_MANUDs_from_Human_Rights_Perspectives.doc (en inglés).

órganos de supervisión de organizaciones de la sociedad civil, consejos consultivos y reuniones periódicas de los interesados directos (gobierno, organizaciones de la sociedad civil, donantes y los grupos más desfavorecidos) para evaluar los progresos realizados y el impacto.

- Velar por que los procesos de programación estén coordinados con los de otros organismos y donantes, que las prioridades sean acordes con las prioridades nacionales y que la ejecución de actividades se haga por conducto de sistemas nacionales y no por unidades de los proyectos.
- Empezar un análisis del impacto social, incluido el análisis de género, a lo largo de todo el curso del programa.
- Difundir información sobre los derechos de los interesados directos en el marco del proyecto o del programa, incluidos los posibles mecanismos de reparación de agravios.

Lecturas recomendadas:

- UNDP, *Programming for Justice: Access for All. A Practitioner's Guide to a Human Rights-Based Approach to Access to Justice* (2005), <http://regionalcentrebangkok.undp.or.th/practices/governance/a2j/docs/ProgrammingForJustice-AccessForAll.pdf> (en inglés).

25 ¿Qué significa el principio de participación para la programación?

La participación significa velar por que los interesados directos nacionales se identifiquen realmente con los procesos de desarrollo y tengan un auténtico control sobre ellos en todas las fases del ciclo de programación: evaluación previa, análisis, planificación, ejecución, vigilancia y evaluación.

Las normas de derechos humanos influyen no sólo en las condiciones sino también en las limitaciones razonables de la participación. Para que los procesos sean verdaderamente participativos



deben reflejar el requisito de participación "activa, libre y significativa" que figura en la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo. Las mujeres de las zonas rurales tienen derecho a participar en la planificación del desarrollo en todos los niveles (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 14) y del mismo modo deben tenerse en cuenta las opiniones de los niños (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 12). Sin embargo, el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 25) no da necesariamente a grupos particulares de personas el derecho incondicional de optar por cualquier forma de participación.



La participación es un objetivo, además de un medio, del desarrollo. Desde la perspectiva de derechos humanos, la participación va mucho más allá de la mera consulta o de ser un apéndice técnico al diseño de los proyectos. La participación ha de considerarse más bien como algo que promueve una conciencia crítica y la adopción de decisiones como base para una ciudadanía activa. Las estrategias de desarrollo deben potenciar la capacidad de acción de los ciudadanos, especialmente los más marginados, para articular sus expectativas en relación con el Estado y otros titulares de deberes y tomar las riendas de su propio desarrollo. Esto puede exigir lo siguiente:

- Presupuestar y aumentar las capacidades de organización de la sociedad civil y de participación efectiva en el marco de los programas de desarrollo.
- Aumentar la transparencia, difundiendo las políticas y la información sobre los proyectos en formatos accesibles y en idiomas minoritarios cuando proceda.
- Crear canales específicos de participación para los grupos más pobres y más marginados, prestando atención al contexto social y cultural. Esos mecanismos deben integrarse en todo el proceso de programación (y no exclusivamente en la fase de formulación, en la que a menudo se detiene la participación).

- Promover la educación cívica y el aumento de la conciencia sobre los derechos humanos como componentes transversales de los programas de desarrollo en lugar de añadidos opcionales.
- Apoyar las campañas en los medios de información y de comunicación.
- Promover y aumentar la capacidad de las redes de comunicadores sociales locales.
- Ampliar las alianzas con organizaciones de la sociedad civil y grupos de intereses compartidos, y fortalecer redes para articular sus expectativas respecto del Estado y otros titulares de deberes.

26 ¿Cómo contribuyen los derechos humanos al análisis de situaciones?

El análisis de derechos humanos proporciona perspectivas sobre el reparto de poder. Identificando a los grupos que carecen de derechos efectivos y a los grupos que quizá estén denegando derechos a otros, el análisis puede poner de manifiesto las causas básicas de la pobreza y la vulnerabilidad. Como tal, el enfoque basado en los derechos ofrece una forma de estudiar el funcionamiento de las instituciones y los procesos políticos y sociales que influyen en los medios de subsistencia de los pobres y más vulnerables.

De conformidad con las directrices del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (UNDG) para la ECP y el MANUD, las normas de derechos humanos refuerzan el análisis de situaciones en tres niveles:

- Análisis de causalidad: poniendo de manifiesto las causas básicas de los problemas de desarrollo y las pautas sistémicas de discriminación;
- Análisis de funciones/obligaciones: ayudando a definir quién tiene qué obligaciones respecto de quién, especialmente en relación con las causas básicas identificadas; y
- Definición de las intervenciones necesarias para aumentar las capacidades de los titulares de derechos y mejorar la actuación de los titulares de deberes.

Un aspecto decisivo es que el enfoque basado en los derechos humanos se propone profundizar la comprensión de las relaciones entre titulares de derechos y titulares de deberes con el fin de ayudar a salvar las diferencias que los separan.

Un análisis basado en los derechos humanos puede revelar carencias de capacidad en materia de *legislación, instituciones, políticas y representación*. Quizá sea necesario fortalecer las capacidades legislativas para que las leyes nacionales cumplan lo dispuesto en los tratados. Tal vez se necesiten reformas institucionales para mejorar la gobernanza, reforzar las capacidades de análisis presupuestario y proporcionar a la población medios de reparación eficaces en caso de violación de los derechos humanos. Quizá haya que realizar reformas de política para combatir la discriminación y velar por la coherencia entre las políticas macroeconómicas y las políticas sociales, aumentando el gasto público para alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Las recomendaciones de los órganos creados en virtud de tratados pueden proporcionar una orientación pertinente y autorizada sobre el carácter y el alcance de muchas de esas obligaciones. Quizá los organismos de desa-

Marco de Asistencia de las Naciones Unidas para el Desarrollo (MANUD) en Albania (2006-2010): ejemplo de un enfoque participativo

El equipo de las Naciones Unidas en Albania utilizó un enfoque novedoso denominado investigación apreciativa para obtener ideas sobre la manera de seguir adelante en el desarrollo de Albania. La investigación apreciativa es un concepto de gestión del cambio organizacional y un enfoque del desarrollo humano que se apoya en una visión colectiva del futuro deseado (“¿dónde queremos estar de aquí a cinco años?”). A diferencia de planteamientos de análisis de problemas más retrospectivos o estáticos, el enfoque de investigación apreciativa es un proceso relativamente dinámico, incluyente y proactivo por el que se traduce una visión común en un programa orientado al futuro para el cambio.

El equipo en el país estableció un grupo especial de tareas para definir los objetivos del taller de prioridades del MANUD. Se llevaron a cabo entrevistas en distintas partes del país, incluidas regiones y comunidades desfavorecidas. Representantes del Gobierno, la sociedad civil, los donantes y las Naciones Unidas actuaron como entrevistadores y también fueron entrevistados a su vez. Por primera vez se dispuso la participación de hombres y mujeres jóvenes en el taller de establecimiento de prioridades del MANUD. Entre ellos figuraban miembros de grupos desfavorecidos (por ejemplo personas con discapacidades, la comunidad romaní y hogares muy pobres).

Las aportaciones de redes de interesados directos claves que se habían creado para el ejercicio de la ECP y el proceso de creación de consensos sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio se incorporaron al ejercicio del MANUD. Se ampliaron los grupos temáticos de la ECP y el MANUD para incluir a otras partes interesadas. La ejecución del MANUD, que comenzará en 2006, estará firmemente basada en las redes y las alianzas establecidas y el enfoque de investigación apreciativa seguirá aplicándose mediante procesos de programación conjunta.

Véase www.undg.org. Para más información sobre el enfoque de investigación apreciativa, véase <http://www.appreciative-inquiry.org/> y <http://appreciativeinquiry.cwrw.edu/intro/whatisai.cfm> (en inglés).

Análisis de situaciones basado en los derechos humanos en la ECP: Serbia y Montenegro

El marco conceptual para esta ECP contiene una definición basada en los derechos humanos de la vulnerabilidad y la pobreza, particularmente en relación con la forma en que las desigualdades de género contribuyen a la pobreza de las mujeres.

Análisis de funciones/obligaciones: Se identificó a los *titulares de derechos*, particularmente los grupos vulnerables (por ejemplo los ancianos, los hogares de uno o dos miembros en las zonas rurales, los niños romanes, los refugiados y otros) junto con los *titulares de deberes* (no sólo las autoridades del Estado en los distintos niveles, sino también empresas privadas y donantes de ayuda) con funciones a la hora de abordar las causas fundamentales observadas de los problemas de desarrollo. Se procuró desglosar los datos en la medida de lo posible por sexos, edades, grupos étnicos, regiones y otros factores (como desplazados internos y refugiados) con el fin de no tratar a los pobres, vulnerables o marginados como si fueran un grupo homogéneo. Por ejemplo, el impacto diferenciado de los problemas en los niños romanes se pone de manifiesto en relación con la educación (páginas 38 y 39). Se recurrió en cierta medida a las normas internacionales, regionales y nacionales de derechos humanos para definir el alcance de esas reivindicaciones y obligaciones, por ejemplo en las subsecciones relacionadas con las cuestiones que afectan a los niños y las mujeres.

Análisis de "deficiencias de capacidad": Se prestó suma atención a las *capacidades de los titulares de derechos* para acceder a la información, organizarse, abogar por el cambio de políticas y obtener reparación. A este respecto, en la evaluación se reconoció debidamente el papel de las organizaciones de la sociedad civil (por ejemplo pág. 51) y se examinaron sus capacidades (pág. 73). La evaluación sugiere soluciones a los problemas de la falta de datos y las deficiencias de los métodos estadísticos, reconociendo que la capacidad estadística es un instrumento indispensable para dar seguimiento a la *realización progresiva* de los derechos económicos y sociales, además de ser necesaria para un análisis de género más detallado. La evaluación recomienda acertadamente que el Gobierno utilice el proceso de presentación de informes a los órganos creados en virtud de tratados como importante oportunidad para revisar su legislación, sus instituciones y sus prácticas. El capítulo sobre gobernanza e imperio de la ley también está firmemente basado en los principios y obligaciones en materia de derechos humanos, y analiza no sólo el papel decisivo del poder judicial, sino también el de otras instituciones independientes, como la del *ombudsman*.

Fuente: http://www.unhcr.org/documents/3648-CCA_Prepared_with_Human_Rights_Approach_-_CCA_Human_Rights_Approach.doc (en inglés).

rollo hayan de ir más allá de sus sectores o "silos" tradicionales en la búsqueda de estrategias para llegar a los grupos más desfavorecidos y para trabajar de forma más profunda y colaborativa sobre las causas básicas de los problemas que afectan a todos los sectores.

27

¿Cómo orientan los derechos humanos la formulación de programas?

El enfoque basado en los derechos humanos tiene importantes repercusiones en la manera en que se determinan las prioridades y los objetivos de desarrollo y se formulan los resultados del programa en el país.

Para ayudar a las Naciones Unidas a determinar sus prioridades, las directrices de los ECP/MANUD se refieren en particular a los Objetivos de Desarrollo del Milenio, la Declaración del Milenio, las prioridades nacionales reflejadas en los tratados de derechos humanos ratificados por el país, así como las recomendaciones de los órganos creados en virtud de tratados. Los derechos humanos ayudan estableciendo límites, por ejemplo exigiendo un umbral básico mínimo de derechos para todos y destacando cuestiones básicas que hay que abordar mediante la programación, por ejemplo que se preste atención prioritaria a los más pobres entre los pobres y a los grupos que sufren discriminación. Aunque no se pueda llegar a todos a la vez, debe procurarse identificar a esos grupos al principio e incluirlos inmediatamente en la planificación. El análisis y los instrumentos del desarrollo humano ayudan a su vez a priorizar los esfuerzos encaminados a hacer efectivos los derechos de los grupos pobres, sugiriendo qué tipos de derechos son los más importantes para un grupo determinado en un momento dado o la secuencia en que hay que abordar los derechos para cierto grupo.

En un enfoque basado en los derechos humanos, las actividades de desarrollo deben contribuir a la realización de esos derechos. Por consiguiente, las metas nacionales y los objetivos globales del desarrollo deben orientarse hacia los cambios positivos y sostenidos en la vida de las personas que son necesarios para el pleno disfrute de un derecho humano o varios, y articularse de ese modo. La base de esta definición se encuentra en los compromisos internacionales contraídos por el gobierno de que se trate, incluidos los Objetivos de Desarrollo del Milenio y las obligaciones contenidas en los tratados de derechos humanos. Esas metas implican un horizonte a largo plazo.

Los objetivos concretos (como los definidos en los resultados del

MANUD) pueden interpretarse como el cambio de comportamiento en el titular de deberes para respetar, proteger y satisfacer un derecho o varios derechos, y en el titular del derecho para ejercer y exigir un derecho o varios derechos. El análisis de funciones/pautas de la ECP, la definición de quién debe hacer qué, ha de informar el tipo de cambio de comportamiento que se necesita, con la ayuda de la legislación, los planes y las políticas nacionales, y las recomendaciones pertinentes de los órganos creados en virtud de tratados. Los objetivos específicos, o resultados del MANUD, implican un horizonte temporal a medio plazo.

Por último, los resultados de los programas en el país deben

Ejemplo de resultados del MANUD que reflejan principios del enfoque basado en los derechos humanos

GUYANA (MANUD, 2006-2010)

En Guyana, los resultados del MANUD y los resultados del programa en el país reflejan un acceso equitativo con metas claras y limitadas en el tiempo indispensables para seguir de cerca la realización de los derechos humanos y para la rendición de cuentas. Véase el resultado 1: "para 2010 habrá al menos un aumento del 10% en la proporción de guyaneses que tienen acceso a servicios de calidad en materia de educación, salud, agua y saneamiento y vivienda, y habrán mejorado las capacidades para aprovechar al máximo las oportunidades disponibles".

Este resultado del MANUD promueve servicios de calidad y no sólo la cobertura, de acuerdo con las normas internacionales de derechos humanos. Aunque podría haberse reforzado más para centrarse explícitamente en los grupos más desfavorecidos, es digno de mención porque reconoce la mejora de la capacidad y la importancia de que la población sea capaz de reivindicar sus derechos.

Para un análisis más detallado de la valoración del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo de este y otros MANUD desde una perspectiva de derechos humanos, véase <http://www.undg.org>

orientarse hacia los cambios institucionales, legales o políticos que se necesitan para obtener el cambio de comportamiento deseado. El análisis de las deficiencias de capacidad que se hace en la ECP, informado por las recomendaciones pertinentes de los órganos creados en virtud de tratados, debe indicar las capacidades que se necesitan para que los titulares de deberes atiendan las reivindicaciones de derechos, y para que los titulares de derechos, especialmente los más desfavorecidos, exijan y aboguen por el ejercicio de sus derechos. Los resultados de los

UNICEF Costa Rica: avanzar respecto del enfoque "sectorial" tradicional

El programa del UNICEF en Costa Rica para 1992-1996 reflejaba un enfoque sectorial clásico, centrado en lo siguiente: 1) política social, 2) educación, 3) agua y saneamiento ambiental, 4) salud y 5) niños en circunstancias especialmente difíciles.

La estructura del programa evolucionó notablemente atendiendo a las exigencias del enfoque basado en los derechos humanos, dejando atrás el enfoque sectorial. Las prioridades de la programación en 2002-2006 son las siguientes:

- | | |
|--|--|
| <p>1. Enfoque de los derechos en la gestión social y la justicia</p> <ul style="list-style-type: none"> • Aumento de la capacidad del Consejo Nacional del Niño; • aumento de la capacidad del Patronato Nacional de la Infancia; • juntas locales de derechos; • apoyo a las leyes especiales de la Corte Suprema de Justicia. | <p>2. Ciudadanía activa para los derechos del niño y del adolescente</p> <ul style="list-style-type: none"> • Asistencia a las organizaciones de la sociedad civil y las organizaciones de adolescentes; • alianzas con los sectores público y privado en la recaudación de fondos. |
|--|--|

Fuente: Mahesh Patel. "Lessons Learned and the Way Forward, based on Human Rights Approaches Case Studies and Discussions", presentation at UNDP/OHCHR Regional Consultation. http://www.un.or.th/chcr/SR/Regional_Office/forums/1p_regional_consultation/DAY%202/mahesh%20patel/Human%20Rights%20Lessons%20Learned%20Presentation5.ppt (en inglés)

programas en los países se definen para un horizonte temporal a corto plazo.

28 ¿Aporta algo nuevo el enfoque basado en los derechos humanos al desarrollo de la capacidad?

Sí. Aumentar la capacidad de las personas para reivindicar sus derechos y la de los titulares de deberes para cumplir sus obligaciones exige algunas de las estrategias ya bien conocidas en la práctica en materia de desarrollo, además de otras nuevas.

El desarrollo de la capacidad ha pasado a ser una estrategia dominante en la cooperación para el desarrollo. La capacidad en este contexto puede entenderse como la capacidad de los individuos, las organizaciones y las sociedades para llevar a cabo funciones,

resolver problemas y establecer y alcanzar metas. El desarrollo de la capacidad entraña la creación, el uso y la retención sostenibles de esa capacidad con el fin de reducir la pobreza, aumentar la autonomía y mejorar la vida de la población. Aprovecha y analiza, en lugar de sustituir, la capacidad autóctona. Se trata de promover el aprendizaje, impulsar la capacidad de acción, aumentar el capital social, crear entornos propicios, integrar culturas y orientar el comportamiento personal y social.²⁶

Con arreglo a un enfoque de la programación basado en los derechos humanos, los siguientes componentes forman parte integral del desarrollo de la capacidad:²⁷

- *Responsabilidad/motivación/compromiso/liderazgo.* Esto se refiere a las cosas que los titulares de derechos y los titulares de deberes *deben* hacer en relación con determinado problema. Las estrategias de información, educación y comunicación ayudan a promover un sentimiento de responsabilidad en cuanto a la realización de los derechos humanos. Igualmente importante es garantizar medios de información plurales y libres, una sociedad civil dinámica, mecanismos de supervisión efectivos y acceso a medios de reparación (en los niveles judicial, administrativo y político) para las infracciones;
- *Autoridad.* Esto se refiere a la legitimidad de una acción, cuando personas o grupos creen o saben que *pueden* tomar medidas. Las leyes, las normas y los reglamentos tanto formales como informales, la tradición y la cultura determinan en gran medida lo que es permisible y lo que no. Las leyes nacionales deben armonizarse con los tratados internacionales de derechos humanos, y los compromisos y deberes definirse con claridad;
- *Acceso a los recursos y control de éstos.* El conocimiento de que algo debe y puede hacerse a menudo no basta. Además, los grupos más pobres raras veces son capaces de reivindicar sus derechos individuales, pero necesitan ser capaces de organizarse. Así pues, la "capacidad" también debe incluir los recursos humanos (conocimientos prácticos, teóricos, tiempo, compromiso, entre otros), los recursos económicos y los recursos de organización que influyen en si un titular de derechos o un titular de deberes *pueden* actuar.

Las capacidades para la participación significativa son indispensables en un enfoque basado en los derechos humanos; a menudo será preciso reforzar las capacidades de análisis estadístico

²⁶ Véase <http://www.undp.org/capacity/>.

²⁷ Adaptado de Urban Jonsson. *Human Rights Approach to Development Programming* (Nairobi, UNICEF, 2003), págs. 52-53 (en inglés).

y presupuestario para supervisar la realización progresiva de los derechos humanos.

29

¿Qué aportan los derechos humanos a la selección de indicadores para el seguimiento de los programas de desarrollo?

Deben establecerse indicadores tanto cuantitativos como cualitativos para dar seguimiento al logro de los derechos humanos mediante programas de desarrollo. La selección y el seguimiento de indicadores deben ser participativos y permitir que los interesados directos evalúen los progresos realizados.

Las normas de derechos humanos deben orientar la selección de indicadores. Un proyecto de agua y saneamiento, por ejemplo, debe asegurar que los diversos elementos del derecho al agua, inclusive la disponibilidad y la calidad del agua, la accesibilidad física, la asequibilidad, el acceso a la información y la no discriminación, son supervisados.²⁸ Los indicadores socioeconómicos reflejados en los Objetivos de Desarrollo del Milenio pueden ayudar



a vigilar la realización progresiva de muchos derechos económicos y sociales.

Cuando se elaboren indicadores para seguir los logros del enfoque basado en los derechos humanos en el nivel nacional, podrían utilizarse tres grupos de indicadores: *estructurales*, *de proceso* y *de resultados*. Los indicadores *de resultados* reflejan información resumida sobre el estado de realización de un derecho humano. Los indicadores *de proceso* identifican información

²⁸ Véase la observación general N.º 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <http://www.ohchr.org/english/bodies/cesor/comments.htm>.

que vincula instrumentos de política particulares con “hitos” en materia de resultados que contribuyen a la protección y realización progresiva de los derechos humanos. Por último, los indicadores *estructurales* captan la información que refleja el marco jurídico e institucional para la realización del derecho humano de que se trate.

Tomando como ejemplo el derecho a la salud, la esperanza de vida al nacer puede ser un útil indicador *de resultados* respecto del estado de realización de este derecho en un contexto determinado. Los indicadores *de proceso*, que reflejan los progresos realizados en esferas que pueden tener una repercusión positiva en la esperanza de vida, guardarían relación con la inmunización infantil, el acceso de la población al agua de bebida o al saneamiento, alimentos en cantidad suficiente y la participación. Entre los indicadores *estructurales* figuraría si el país ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y si éste está reflejado en su legislación.

Lecturas recomendadas:

- Informe de la reunión del Grupo de Expertos sobre vigilancia del derecho a la vivienda (2003): <http://www.unhcr.org/programmes/housingrights/documents/EGMHousingRightsMonitoring-FINAL-REPORT.pdf> (en inglés).

30

¿Hay alguna contradicción entre el enfoque de la programación basado en los derechos humanos y la gestión basada en los resultados?

No. Con la gestión basada en los resultados, los resultados previstos se identifican desde el principio. El enfoque basado en los derechos humanos también se propone conseguir resultados, aunque el carácter participativo de su programación pueda ocasionar cambios en las previsiones de resultados durante el proceso de programación.

Mediante la gestión basada en los resultados, una organización se centra en la planificación y el logro de resultados. Se trata de un enfoque de gestión con el que una organización vela por que sus procesos, productos y servicios contribuyan al logro de los resultados deseados: *productos, resultados e impactos*.²⁹

²⁹ Para la definición de estos términos, véase *OECD/DAC Glossary of Key Terms in Evaluation and Results Based Management 2002*, http://www.undg.org/documents/2485-Results-Based_Management_Terminology_-_Final_version.doc (en inglés).

La gestión basada en los resultados se apoya en una rendición de cuentas claramente definida en relación con los resultados, y exige un seguimiento y una autoevaluación de los progresos hacia los resultados y la presentación de informes sobre las acciones realizadas. Los derechos humanos también guardan relación con los resultados; por ejemplo, el derecho a la educación se traduce en



la meta o el resultado de la matriculación y terminación universales de la enseñanza primaria. La gestión basada en los resultados es el vehículo de gestión del programa, y el programa con el que se pretende alcanzar los resultados elegidos ha de ser planificado y ejecutado observando los principios del enfoque basado en los derechos humanos.

A veces se interpreta que la preocupación del enfoque basado en los derechos humanos respecto de los procesos participativos lo hace entrar en conflicto con los principios de la gestión basada en los resultados. Si un programa de desarrollo es auténticamente participativo y la población local se identifica con él, es probable que ello exija cambios en las previsiones de resultados a lo largo del proceso de programación. Pero esto no significa que haya una contradicción fundamental entre ambos, porque sin los procesos participativos es poco probable que los resultados puedan sostenerse.

ANEXO I

LOS SIETE TRATADOS INTERNACIONALES “BÁSICOS” DE LAS NACIONES UNIDAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Tratado	Fecha de adopción	Estados Partes	Órgano de vigilancia
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	1966	155	Comité de Derechos Humanos
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	1966	152	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial	1965	170	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	1979	181	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes	1984	141	Comité contra la Tortura
Convención sobre los Derechos del Niño	1989	192	Comité de los Derechos del Niño
Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares	1990	34	Comité de Derechos de los Trabajadores Migrantes

Fuente: Base de datos de tratados de las Naciones Unidas, <http://untreaty.un.org/English/access.asp> (consultada el 21 de febrero de 2006). Todos los países han ratificado al menos uno de los siete tratados básicos de las Naciones Unidas; el 80% de los países han ratificado cuatro o más de esos tratados.

DECLARACIONES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

- Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948), A/RES/217A(III), <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/spn.htm>.
- Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (20 de diciembre de 1993), A/RES/48/104, http://www.ohchr.org/spanish/law/mujer_violencia.htm.
- Declaración sobre el derecho al desarrollo (4 de diciembre de 1986), A/RES/41/128, <http://www.ohchr.org/spanish/law/desarrollo.htm>.
- Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos (9 de diciembre de 1998), A/RES/53/144, [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.RES.53.144.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.RES.53.144.Sp?OpenDocument).
- Declaración del Milenio, de las Naciones Unidas (8 de septiembre de 2000), A/RES/55/2, <http://www.ohchr.org/spanish/law/index.htm>

Para consultar una lista más completa de convenios de derechos humanos e instrumentos conexos, véase la recopilación publicada en: <http://www2.unog.ch/intinstr/uninstr.exe?language=en>. (en inglés).

ANEXO II

EL ENFOQUE BASADO EN LOS DERECHOS HUMANOS EN LA COOPERACIÓN PARA EL DESARROLLO:

HACIA UN ENTENDIMIENTO COMÚN ENTRE LOS ORGANISMOS DE LAS NACIONES UNIDAS

(Segundo seminario interinstitucional, Stamford, Estados Unidos de América, mayo de 2003)

Introducción

Las Naciones Unidas se fundaron sobre los principios de la paz, la justicia, la libertad y los derechos humanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce los derechos humanos como los cimientos de la libertad, la justicia y la paz. La Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptada por unanimidad, afirma que la democracia, el desarrollo y el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales son interdependientes y se refuerzan mutuamente.

En el Programa de Reforma de las Naciones Unidas que se lanzó en 1997, el Secretario General pidió a todas las entidades del sistema de las Naciones Unidas que incorporasen la cuestión de los derechos humanos en sus diversos programas y actividades en el marco de sus mandatos respectivos.

Desde entonces, varios organismos de las Naciones Unidas han adoptado un enfoque basado en los derechos humanos en su labor de cooperación para el desarrollo y han adquirido experiencia en su puesta en práctica, pero cada organismo ha tendido a hacer su propia interpretación del enfoque y de la forma en que debe hacerse operativo. Sin embargo, la colaboración entre organismos de las Naciones Unidas en los niveles mundial y regional, y especialmente en el nivel de los países en relación con los procesos de la ECP y el MANUD, exige un entendimiento común de este enfoque y de sus repercusiones para la programación del desarrollo. Lo que sigue supone un intento de llegar a ese entendimiento común basándose en aquellos aspectos del enfoque basado en los derechos humanos que son comunes en la política y la práctica de los organismos de las Naciones Unidas participantes en el seminario interinstitucional sobre la aplicación de enfoques basados en los derechos humanos en el contexto de la reforma de las Naciones Unidas, celebrado los días 3 a 5 de mayo de 2003.

La presente declaración sobre un entendimiento común se refiere específicamente a un enfoque basado en los derechos humanos en la cooperación para el desarrollo y la programación del desarrollo por los organismos de las Naciones Unidas.

Entendimiento común

1. Todos los programas de cooperación, las políticas y la asistencia técnica para el desarrollo deben promover la realización de los derechos humanos tal y como se establece en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos.
2. Las normas de derechos humanos contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, y los principios derivados de ellas, deben orientar toda la cooperación y la programación para el desarrollo en todos los sectores y en todas las fases del proceso de programación.
3. La cooperación para el desarrollo debe contribuir a la mejora de las capacidades de los "titulares de deberes" para el cumplimiento de sus obligaciones y las capacidades de los "titulares de derechos" para reclamar éstos.

1. Todos los programas de cooperación, las políticas y la asistencia técnica para el desarrollo deben promover la realización de los derechos humanos tal y como se establece en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

Un conjunto de actividades de programas que sólo contribuyan de forma incidental a la realización de los derechos humanos no constituye necesariamente un enfoque de la programación basado en los derechos humanos. En un enfoque de la programación y la cooperación para el desarrollo basado en los derechos humanos, el objetivo de todas las actividades es contribuir directamente a la realización de uno o varios derechos humanos.

2. Las normas de derechos humanos contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, y los principios derivados de ellas, deben orientar toda la cooperación y la programación para el desarrollo en todos los sectores y en todas las fases del proceso de programación.

Los principios de los derechos humanos orientan la programación en todos los sectores: salud, educación, gobernanza, nutrición, agua y saneamiento, VIH/SIDA, empleo y relaciones laborales y seguridad social y económica. Ello abarca toda la cooperación para el desarrollo dirigida hacia el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y la Declaración del Milenio. En consecuencia, las normas y los principios de derechos humanos orientan tanto el sistema de evaluación común para los países como el Marco de Asistencia de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

Los principios de derechos humanos orientan toda la programación en todas las fases del proceso de programación, inclusive la evaluación y el análisis, la planificación y el diseño de programas (incluida la determinación de metas, objetivos y estrategias), la ejecución, la vigilancia y la evaluación.

Entre esos principios de derechos humanos figuran los siguientes: universalidad e inalienabilidad; indivisibilidad; interdependencia e interrelación; no discriminación e igualdad; participación e inclusión; rendición de cuentas e imperio de la ley. Esos principios se explican a continuación.

- *Universalidad e inalienabilidad.* Los derechos humanos son universales e inalienables. Todas las personas en todos los lugares del mundo tienen derecho a ellos. Nadie puede renunciar a ellos voluntariamente y nadie puede despojar a otras personas de ellos. Como se afirma en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

- *Indivisibilidad.* Los derechos humanos son indivisibles. Sean de carácter civil, cultural, económico, político o social, todos ellos son inherentes a la dignidad de toda persona. En consecuencia, todos ellos tienen la misma condición como derechos y no pueden ser clasificados, a priori, por orden jerárquico.
- *Interdependencia e interrelación.* La realización de un derecho a menudo depende, totalmente o en parte, de la realización de otros. Por ejemplo, la realización del derecho a la salud puede depender, en ciertas circunstancias, de la realización del derecho a la educación o del derecho a la información.
- *Igualdad y no discriminación.* Todos los individuos son iguales como seres humanos en virtud de la dignidad intrínseca de cada persona. Todos los seres humanos deben gozar de sus derechos humanos sin discriminación de tipo alguno, como por motivos de raza, color, sexo, origen étnico, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, discapacidad, propiedades, nacimiento u otra condición, tal y como explican los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos.
- *Participación e inclusión.* Todas las personas y todos los pueblos tienen derecho a una participación activa, libre y significativa y a la contribución y el disfrute del desarrollo civil, económico, social, cultural y político en el que puedan hacerse efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales.
- *Rendición de cuentas e imperio de la ley.* Los Estados y otros titulares de deberes deben rendir cuentas en relación con la observancia de los derechos humanos. A este respecto, deben cumplir las normas y los principios legales consagrados en los instrumentos de derechos humanos. Cuando no lo hacen, las personas cuyos derechos se han infringido tienen derecho a entablar un procedimiento ante un tribunal competente u otra instancia judicial de conformidad con las normas y procedimientos previstos en la ley.

3. La cooperación para el desarrollo debe contribuir a la mejora de las capacidades de los “titulares de deberes” para el cumplimiento de sus obligaciones y las capacidades de los “titulares de derechos” para reclamar éstos.

En un enfoque basado en los derechos humanos, estos derechos son los que determinan la relación entre individuos y grupos con pretensiones legítimas (los “titulares de derechos”) y los agentes del estado y de otras instancias con las correspondientes obligaciones (los “titulares de deberes”). Identifica a los primeros, junto con sus derechos, y a los segundos, con sus correspondientes obligaciones, y trabaja por el fortalecimiento de la capacidad de los titulares de derechos para reivindicar éstos, y de los titulares de deberes para atender sus obligaciones.

Repercusiones del enfoque basado en los derechos humanos en la programación del desarrollo de los organismos de las Naciones Unidas

La experiencia ha demostrado que el uso de un enfoque basado en los derechos humanos exige utilizar buenas prácticas de programación. Sin embargo, la aplicación de “buenas prácticas de programación” no constituye en sí misma un enfoque basado en los derechos humanos y requiere elementos añadidos.

Los siguientes elementos son necesarios, específicos y peculiares en un enfoque basado en los derechos humanos:

- (a) *Evaluación y análisis con el fin de determinar las demandas en materia de derechos humanos de los titulares de derechos y las correspondientes obligaciones en materia de derechos humanos de los titulares de deberes, así como las causas inmediatas, subyacentes y estructurales de la no realización de los derechos.*
- (b) *Los programas valoran la capacidad de los titulares de derechos para reclamar éstos y de los titulares de deberes para cumplir sus obligaciones. A continuación se elaboran estrategias para aumentar esas capacidades.*
- (c) *Los programas vigilan y evalúan tanto los resultados como los procesos, orientándose por las normas y los principios de derechos humanos.*
- (d) *La programación está informada por las recomendaciones de los órganos y mecanismos internacionales de derechos humanos.*

Además hay otros elementos de las buenas prácticas de programación que son indispensables en un enfoque basado en los derechos humanos:

1. *Se reconoce a la población como agente activo en su propio desarrollo y no como un receptor pasivo de bienes y servicios.*
2. *La participación es tanto un medio como un fin.*
3. *Las estrategias potencian la capacidad de acción y no al contrario.*
4. *Se vigilan y evalúan tanto los resultados como los procesos.*
5. *El análisis incluye a todos los interesados directos.*
6. *Los programas se centran en los grupos marginados, desfavorecidos y excluidos.*
7. *El proceso de desarrollo es asumido por el nivel local.*
8. *Los programas tienen por objeto reducir la disparidad.*
9. *Se utilizan de modo sinérgico los enfoques tanto ascendentes como descendentes.*
10. *Se utiliza el análisis de situaciones para determinar las causas inmediatas, subyacentes y básicas de los problemas de desarrollo.*
11. *En la programación son importantes los objetivos y las metas mensurables.*
12. *Se establecen y sostienen alianzas estratégicas.*
13. *Los programas apoyan la rendición de cuentas a todos los interesados directos.*

ANEXO III

SELECCIÓN DE REFERENCIAS EN LA WEB SOBRE
EL ENFOQUE BASADO EN LOS DERECHOS HUMANOS**A. Referencias generales**

1. Child Rights Information Network (CRIN), página de recursos "Rights based programming", <http://www.crin.org/hrbap/>.
2. OACDH, "Lessons Learned Project", proyecto de enseñanzas extraídas de un enfoque del desarrollo basado en los derechos humanos en la región de Asia-Pacífico, http://www.un.or.th/ohchr/SR/Regional_Office/forums/1lp_regional_consultation/index.htm (en inglés).
3. OACDH, Base de datos de recursos sobre enfoques del desarrollo basados en los derechos humanos para profesionales de Asia y el Pacífico, <http://www.un.or.th/ohchr/SR/issues/rba/rbamain.html> (en inglés).
4. Laure-Hélène Piron y Tammie O'Neil, "Integrating human rights into development: a synthesis of donor approaches and experiences" (Overseas Development Institute, septiembre de 2005), <http://www.odi.org.uk/rights/publications.html> (en inglés).

B. Documentos de conceptos

5. A. Hughes y J. Wheeler, con R. Eyben y P. Scott-Villiers, "Rights and Power Workshop: Report" (Brighton, Institute of Development Studies, 17 a 20 de diciembre de 2003), <http://www2.ids.ac.uk/drc/citizen/docs/r&pworkshopreportfinal.pdf> (en inglés).
6. C. Moser y A. Norton, *To Claim our Rights: Livelihood security, human rights and sustainable development* (Overseas Development Institute, 2001), <http://www.odi.org.uk/pppg/publications/books/lcor.pdf> (en inglés).
7. C. Nyamu-Musembi, "Towards an actor-oriented perspective on human rights", IDS working paper 169 (Institute of Development Studies, octubre de 2002), <http://www.ids.ac.uk/ids/bookshop/wp/wp169.pdf> (en inglés).
8. C. Nyamu-Musembi y A. Cornwall, "What is the 'rights-based approach' all about? Perspectives from the international development agencies", IDS working paper 234 (Institute of Development Studies, 2004), <http://www.ids.ac.uk/ids/bookshop/wp/wp234.pdf> (en inglés).

9. L. VeneKlasen et al., "Rights-based approaches and beyond: challenges of linking rights and participation", IDS working paper 235 (Institute of Development Studies, 2004), <http://www.ids.ac.uk/ids/bookshop/wp/wp235.pdf> (en inglés).
10. OACDH, *Los derechos humanos y la reducción de la pobreza: un marco conceptual* (Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2004), http://www.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/Broch_Esp.pdf.

C. Documentos técnicos y de política

11. CARE International, *Principles into practice: Learning from innovative rights-based programmes*, <http://www.careinternational.org.uk/Principles+into+practice%3A+Learning+from+innovative+rights-based+programmes+4268.twl> (en inglés).
12. Departamento para el Desarrollo Internacional (Reino Unido), "Developing a human rights-based approach to addressing maternal mortality: desk review" (enero 2005), <http://www.dfid.gov.uk/pubs/files/maternal-desk.pdf> (en inglés).
13. Departamento para el Desarrollo Internacional (Reino Unido), "Realising human rights for poor people", strategy paper (2000), <http://www.dfid.gov.uk/pubs/files/tsphuman.pdf> (en inglés).
14. Declaración del Taller interinstitucional de Stamford sobre el "entendimiento común" del enfoque de la cooperación para el desarrollo basado en los derechos humanos, http://www.undg.org/documents/3069-Common_understanding_of_a_rights-based_approach.doc (en inglés).
15. OACDH, "Draft guidelines: a human rights approach to poverty reduction strategies" (2002), <http://www.unhcr.ch/development/povertyfinal.html> (en inglés).
16. L.-H. Piron y F. Watkins, "DFID Human Rights Review: A review of how DFID has integrated human rights into its work" (Overseas Development Institute, 2004), <http://www.dfid.gov.uk/pubs/files/humrightsrevfull.pdf> (en inglés).

17. Save the Children UK (África oriental y central), "Child rights programming: a resource for planning" (abril de 2004), http://careint.test.poptel.org.uk/pn726/modules/UpDownload/store_folder/Tools_and_Practical_Resources/Non-CARE_Save_The_Children/SCFUKCRP_Resource_for_planning_-_march04.doc (en inglés).
18. J. Theis, Promoting Rights-based Approaches: Experiences and Ideas from Asia and the Pacific (2004), <http://www.seapa.net/external/resources/promoting.zip> (en inglés).
19. ONUSIDA, "Violaciones de los derechos humanos, estigma y discriminación relacionados con el VIH: Estudios de caso de intervenciones exitosas", Colección "Prácticas óptimas" del ONUSIDA (2005), http://data.unaids.org/publications/irc-pub06/jc999-humrightsviol_es.pdf.
20. ONUSIDA, Seguimiento de la Declaración de compromiso sobre el VIH/SIDA: Directrices para el desarrollo de indicadores básicos (2005), http://data.unaids.org/publications/irc-pub06/jc1126-constrcoreindic-ungass_es.pdf.
21. ONUSIDA, "UNAIDS activities in HIV/AIDS, human rights and law" (2003), http://data.unaids.org/UNA-docs/UNAIDS-Activities-Human-Rights-Law_en.pdf?preview=true (en inglés).
22. Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, "Guidelines for UN country teams preparing a CCA and UNDAF" (julio de 2004), http://www.undg.org/documents/4874-CCA__UNDAF_Guidelines-1.doc (en inglés).
23. PNUD, "Poverty reduction and human rights: a practice note" (junio de 2003), <http://www.undp.org/poverty/practicenotes/povertyreduction-humanrights0603.pdf> (en inglés).
24. PNUD, *Programming for Justice: Access for All. A Practitioner's Guide to a Human Rights-Based Approach to Access to Justice* (2005), <http://regionalcentrebangkok.undp.or.th/practices/governance/a2j/docs/ProgrammingForJustice-AccessForAll.pdf> (en inglés).
25. PNUD, "Human rights-based reviews of UNDP programmes: working guidelines" (2003), http://hdr.undp.org/docs/network/hdr/thematics/HRBA_Guidelines.pdf (en inglés).
26. UNICEF, "A human rights approach to UNICEF programming for children and women: what it is, and some changes it will bring" (CF/EXD/1998-04, 21 April 1998), http://coe-dmha.org/Unicef/HPT_IntroReading01.htm (en inglés).
27. UNIFEM, *Pathway to Gender Equality: CEDAW, Beijing and the MDGs*, http://www.mdgender.net/upload/monographs/PathwaytoGenderEquality_screen.pdf (en inglés).
28. OMS, "Veinticinco preguntas y respuestas sobre salud y derechos humanos", *Serie de publicaciones sobre salud y derechos humanos*, N.º 1 (julio de 2002), <http://www.who.int/hhr/activities/Q&AfinalversionSpanish.pdf>.
29. OMS, "Human Rights, Health and Poverty Reduction Strategies", Serie de publicaciones sobre salud y derechos humanos, N.º 5 (abril de 2005), http://www.who.int/hhr/news/HHR_PRS_19_12_05.pdf (en inglés).

D. Otros enlaces de interés

30. Institute for Development Studies, "Developing Rights?", *IDS Bulletin*, vol. 36, No. 1 (2005), <http://www.ids.ac.uk/ids/bookshop/bulletin/bull361abs.htm#developing> (en inglés).
31. OACDH, "Human rights in development: what, why and how" (2000), http://www.undg.org/documents/125-Human_Rights_in_Development__What__Why_and_How_-_Human_Rights_in_Developme.doc (en inglés).
32. Overseas Development Institute, Rights in action, <http://www.odi.org.uk/rights/index.html> (en inglés).
33. PNUD, Programa conjunto PNUD/OACDH de fortalecimiento de los derechos humanos (HURIST), <http://www.undp.org/governance/programmes/hurist.htm> (en inglés).
34. PNUD, Justice and human rights in the Asia-Pacific, <http://regionalcentrebangkok.undp.or.th/practices/governance/a2j/> (en inglés).
35. UNICEF, Derechos y resultados, <http://www.unicef.org/spanish/rightsresults/4273.html>.
36. UNIFEM, Los derechos humanos de las mujeres, http://www.unifem.org/gender_issues/human_rights/at_a_glance.php?lang=spn.

LECTURA 3

Tomada de: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Utilización de indicadores para promover y vigilar la implementación de los derechos humanos, algunas preguntas y respuestas, material de antecedentes*, Taller subregional para América Latina, Bogotá, OACNUDH, 2008, 43 pp.

1. ¿Por qué necesitamos indicadores de derechos humanos?

Ha existido una creciente denuncia para el uso adecuado de indicadores, tanto cualitativos como cuantitativos, a fin de promover y vigilar la implementación de los derechos humanos en todo el mundo. Los indicadores funcionan como herramientas para articular y adelantar denuncias contra las o los responsables de la aplicación de éstos derechos y para formular programas y políticas públicas cuyo objetivo sea facilitar su pleno ejercicio. El uso de indicadores también ayuda a los Estados a evaluar su propio progreso en la materia y pone a su disposición información precisa y relevante, que resulta también de gran utilidad para los mecanismos nacionales e internacionales de vigilancia de los derechos humanos, tales como los órganos de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas —órganos de tratados, en adelante— que vigilan la implementación de los tratados internacionales básicos de derechos humanos.¹

El uso de información estadística adecuada y de indicadores apropiados puede ayudar los órganos de tratados en la revisión de los informes que los Estados Partes elaboran en cuanto a la situación que priva al interior de cada nación en el área de los derechos humanos, proporcionando mayor transparencia y objetividad en las evaluaciones realizadas, y facilitando el seguimiento de sus preocupaciones y recomendaciones, conocidas como “observaciones finales”. En un sentido amplio, al hacer que el contenido sobre derechos humanos sea más concreto y tangible, los indicadores pueden ser particularmente útiles para la aplicación de los estándares y normas de derechos humanos en la formulación de una política y su implementación.

2. ¿Qué es un indicador de derechos humanos? ¿Es diferente de las estadísticas socio-económicas usadas comúnmente?

Un indicador de derechos humanos es información específica sobre un evento, actividad o resultado de un proceso, que puede relacionarse con las normas y estándares de los derechos humanos, que aborda y refleja las preocupaciones y principios de estos derechos humanos, y que puede utilizarse para evaluar y vigilar la promoción y protección de los derechos humanos al interior de una nación. Definidos de esta manera, pueden establecerse indicadores específicos para el tema de los derechos humanos, basados en normas o estándares internacionales, los cuales generalmente no se utilizan en otros contextos. Este podría ser el caso, por ejemplo, de un indicador como el número de ejecuciones extrajudiciales sumarias o arbitrarias reportadas, o como el número de víctimas por tortura de las fuerzas policiales y paramilitares, o como el número de niñas y niños que no tiene acceso a la educación primaria por discriminación. Al mismo tiempo, podría haber una gran cantidad de otros indicadores como los relacionados con las estadísticas socio-económicas —por ejemplo, los indicadores de desarrollo humano del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)— que podrían satisfacer, al menos de manera implícita, todos los requerimientos de la definición de un indicador de derechos humanos. En todos estos casos, en la medida en que estos indicadores se relacionan con los estándares de derechos

¹ Los órganos de tratados de derechos humanos son comités de miembros expertos creados de acuerdo con las disposiciones de los tratados que monitorean. La lista de tratados internacionales básicos de derechos humanos se encuentra en el Anexo I.

humanos y se pueden utilizar para evaluar los derechos humanos, por lo que resulta útil considerarlos como indicadores de derechos humanos.

Sin embargo, para que un indicador se clasifique como indicador de derechos humanos, es necesario establecer un enlace explícito entre éste y los estándares relevantes de derechos humanos o con uno o más de los atributos normativos identificados en un derecho humano. Esto se trabaja con más detalle en las preguntas 5 y 6.

Los indicadores pueden ser cuantitativos o cualitativos. La primera categoría es considerada como un equivalente de la “estadística”, mientras que la segunda, tiene un uso más amplio, puesto que cubre cualquier información relevante para la observancia o disfrute de un derecho humano específico. En el contexto del trabajo que ha realizado la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), el término “indicador cuantitativo” se usa para designar cualquier clase de indicadores que se pueden expresarse en forma contable, como son los números, los porcentajes o los índices sobre algún fenómeno. Algunos indicadores cuantitativos de uso común son las tasas de alumnos y alumnas matriculados(as) por grupo de edad en etapa escolar; los indicadores sobre el estado de la ratificación de tratados; los indicadores sobre la proporción de escaños ocupados por mujeres en los parlamentos nacionales, o los indicadores sobre el número reportado de desapariciones involuntarias o forzadas. Por su parte, los indicadores cualitativos de uso común incluyen información que explica con detalle, generalmente en términos descriptivos, las facetas básicas de un evento, actividad o resultado, tal como la gravedad en la violación de un derecho humano o el cumplimiento de las normas internacionales en las legislaciones nacionales. Entre los indicadores cualitativos, puede encontrarse un amplio uso de “listas de verificación” o un conjunto de preguntas que en ocasiones buscan complementar o ampliar detalles sobre información numérica relacionada con los derechos humanos. En el sistema de las Naciones Unidas y en la comunidad de los derechos humanos, muchos expertos han favorecido en ocasiones esta interpretación de la palabra indicador

Estas dos nociones de la palabra “indicador”, es decir, la cualitativa y la cuantitativa en la comunidad de los derechos humanos, no refleja dos enfoques opuestos, ya que toda información, tanto cualitativa como cuantitativa, es potencialmente útil,² dada la complejidad para evaluar el cumplimiento de los estándares de derechos humanos. Indicadores cuantitativos apropiados pueden facilitar evaluaciones cualitativas al medir la magnitud de ciertos eventos. Recíprocamente, la información cualitativa complementa la interpretación de los indicadores cuantitativos. La elección de una clase de indicador depende, en primera instancia, de los objetivos y requerimientos del usuario.

² Los indicadores de derechos humanos también se pueden categorizar como indicadores objetivos o subjetivos. Esta distinción no se basa necesariamente en la consideración de usar o no métodos de recopilación de datos confiables o replicables, para definir los indicadores. En cambio, idealmente se considera en términos del contenido de la información de los indicadores relacionados. Por tanto, objetos, hechos o eventos que en principio pueden verse o verificarse directamente (por ejemplo, peso de los niños y número de muertes violentas reparadas) se clasifican como indicadores objetivos. Los indicadores que se basan en percepciones, opiniones, evaluaciones o juicios expresados por las personas se clasifican como indicadores subjetivos.

3. ¿Por qué enfocarse en los indicadores cuantitativos? ¿Es la referencia a indicadores cuantitativos en el marco normativo internacional de derechos humanos una nueva práctica?

El enfoque en los indicadores cuantitativos, como herramienta de apoyo para las evaluaciones cualitativas, está guiado básicamente por solicitud de los órganos de tratados. En el contexto de la reforma continua de éstos órganos, en lo general, y en el del procedimiento de presentación de informes, en lo particular, se ha afirmado que el uso de indicadores cuantitativos apropiados puede agregar valor a lo que en esencia es un ejercicio cualitativo y cuasijudicial. Los indicadores cuantitativos pueden contribuir significativamente a dinamizar el proceso de evaluación, aumentar la transparencia y alcanzar una mayor efectividad, así como a reducir la carga de trabajo durante la revisión de informes y, por encima de todo, a mejorar el seguimiento de las recomendaciones hechas ante el Comité, lo mismo que ante los organismos de derechos humanos a nivel nacional. Además, los indicadores cuantitativos pueden ser un puente crítico entre el discurso sobre derechos humanos y el discurso sobre desarrollo, lo cual resulta esencial para dinamizar el avance de los derechos humanos dentro de los procesos de la política nacional y para buscar que los sistemas nacionales de estadística cuenten con datos sobre derechos humanos, que estén disponibles para los usuarios potenciales.

- La referencia a los indicadores cuantitativos no es una práctica nueva en el marco normativo internacional de los derechos humanos. Los mecanismos internacionales de vigilancia de éstos derechos han manejado una amplia gama de indicadores cuantitativos que se reflejan en el marco normativo, que comprende los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos y sus ampliaciones en comentarios generales, al igual que en las pautas y “observaciones finales” hechas por los órganos de tratados durante la revisión de los informes de los Estados Partes. Aunque algunos indicadores cuantitativos están citados explícitamente en los tratados de derechos humanos, los comentarios generales adoptados por los órganos de tratados especifican también el tipo y la función de estos indicadores.³ Por ejemplo, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR, por su sigla en inglés) establece que para alcanzar la realización plena del derecho a la salud “los pasos que deben dar los Estados Partes deberán incluir aquellos necesarios para la disposición sobre la reducción de la tasa de mortalidad y de mortalidad infantil”. El artículo 10 de la Convención sobre todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por su sigla en inglés) contiene una disposición para “la reducción de las tasas femeninas de deserción escolar” y el artículo 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por sus siglas en inglés) refiere que en el caso de cargos penales, todos(as) tienen el derecho a un juicio justo “sin dilación indebida”. El artículo 31 de la recientemente adoptada Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD, por sus siglas en inglés) solicita a los Estados Partes “reunir

³ Informes preparados por los Relatores Internacionales del Consejo de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos también se han referido a los indicadores cuantitativos. Véanse, por ejemplo, los informes de los Relatores Especiales sobre el derecho de todos al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y una vivienda adecuada como un componente del derecho a un estándar de vida adecuado.

información adecuada, incluidos datos estadísticos y de investigación, que les permita formular e implementar políticas para dar efecto a la Convención”.⁴ El Comité de Derechos Humanos exige estadísticas sobre el número y el manejo de denuncias de víctimas de maltrato, para apoyar la evaluación de su normativa de la realización del derecho a no ser sometido(a) a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.⁵ En relación con el derecho a participar en asuntos públicos, el mismo comité pide información estadística sobre el porcentaje de mujeres en cargos de elección pública, incluido el parlamento, al igual que las posiciones de alto rango en el servicio civil y el judicial.⁶ Los comités para el ICESCR, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés), la CEDAW y la Convención de los Derechos de la Niñez (CDN) también han sido muy sistemáticas en la solicitud de estadísticas y datos desagregados para la evaluación del cumplimiento de los estándares de derechos humanos relevantes.⁷ Aunque el comité de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, inhumanos o Degradantes a primera vista parece menos involucrado en las estadísticas, ha estado buscando evidencias sobre patrones de violaciones flagrantes a los derechos humanos en países vinculados con la “devolución de personas”.⁸ Dichas referencias a indicadores cuantitativos, en muchos casos aluden a estadísticas compiladas oficialmente a la definición del contenido del derecho humano respectivo y ayudan en su implementación.

4. ¿Existen diferencias entre indicadores y puntos de referencia?

- Los puntos de referencia son indicadores que están restringidos por consideraciones con un valor determinado, ya sea empíricas —que se relacionan básicamente con

⁴ La Convención también especifica el proceso de reunir y mantener esta información, que: (a) cumplirá con salvaguardas establecidas legalmente, que incluyen legislación sobre la protección de datos para garantizar la confidencialidad y el respeto a la privacidad de las personas con discapacidades; (b) cumplir con normas aceptadas internacionalmente para proteger los derechos humanos, las libertades fundamentales y los principios éticos en la recopilación y uso de las estadísticas. Además, la información reunida de acuerdo con este artículo será desagregada, según sea adecuado, y se usará para ayudar en la implementación de las obligaciones de los Estados Partes bajo la presente Convención y para identificar las barreras que enfrentan las personas con discapacidades al ejercer sus derechos. Los Estados Partes también deberán asumir la responsabilidad por la difusión de estas estadísticas y garantizar su accesibilidad las personas con discapacidad y otros.

⁵ CDH, comentario general No. 20 sobre la prohibición de tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1992).

⁶ CDH, comentario general No. 28/ sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres (2000).

⁷ Por ejemplo: CESCR, comentarios generales NO. 13 sobre el derecho a la educación (1999), No. 14 sobre el derecho al nivel más alto posible de salud (2000); CEDAW, recomendaciones generales NO. 9 sobre datos estadísticos relacionados con la situación de las mujeres (1989), No. 12 sobre violencia contra las mujeres (1989); CERD, recomendación general XXVII sobre la discriminación contra Roma (2000); CRC comentario general No. 2, el cual ilustra, entre otros temas, la función de las instituciones nacionales de derechos humanos para garantizar que las estadísticas sean desagregadas de la manera adecuada, con el fin de determinar lo que se hará la realización de los derechos de los niños (2002) y el comentario general No. 3 sobre VIH/SIDA y los derechos del niño (2003).

⁸ CAT, comentario general No. 1 (1996) sobre la implementación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22 (Devolución y comunicaciones).

temas de factibilidad y recursos— o normativas —que pueden basarse en normas internacionales o aspiraciones políticas y sociales. Por ejemplo, considérese el indicador de la proporción de niños y niñas de un año inmunizados(as) contra enfermedades prevenibles con vacunas; el uso de un punto de referencia para este indicador puede exigir un progreso cuantitativo en él, como aumentar la cantidad de niños y niñas vacunados(a) en una base de diez puntos porcentuales dentro de un período de referencia; de este modo los esfuerzos deberán enfocarse en alcanzar esa meta. En el contexto de la evaluación del cumplimiento de los Estados Partes llevada a cabo por los órganos de tratados, el uso de un punto de referencia para el establecimiento de un indicador, puede contribuir a aumentar la rendición de cuentas, al comprometer a cada Estado a cumplir con un estándar de desempeño sobre el tema en evaluación. El comité para el ICESCR, en particular, ha solicitado la fijación de puntos de referencia para acelerar el proceso de implementación.⁹ En un proceso de esta naturaleza, el primer paso debe ser lograr un acuerdo sobre la elección de los indicadores que se van a rastrear, y el segundo, establecer los puntos de puntos de referencia que habrán de servir como base..

5. ¿Cuáles son los aspectos a considerar para identificar los indicadores que se utilizan en las evaluaciones de derechos humanos?

Al resaltar un marco conceptual para los indicadores de derechos humanos existen varios aspectos interrelacionados a tratar. En primer lugar, es necesario vincular los indicadores identificados de un derecho humano con el contenido normativo de ese derecho —como se enumera en los artículos relevantes de los tratados y en los comentarios generales relacionados de los comités—; en segundo lugar, es indispensable considerar las normas o principios comunes de los derechos humanos —tales como la no discriminación, la igualdad, la indivisibilidad, la participación en la rendición de cuentas y el empoderamiento — en la elección de los indicadores, y en tercer lugar se debe tomar en cuenta que el enfoque primario de la evaluación de derechos humanos (y su valor agregado) está en medir el esfuerzo que el responsable de la protección de los derechos haga en el ánimo de cumplir con sus obligaciones. De igual forma es esencial establecer una medida en los compromisos que el Estado Parte adquiera o lograr su aceptación en cuanto a estándares de derechos humanos, así como alcanzar la consolidación de sus esfuerzos, mismos que habrán de quedar reflejados en indicadores —resultados— adecuados. Aunque un enfoque de esta naturaleza reconoce un vínculo implícito entre la aceptación de los estándares de derechos humanos por parte de una nación, sus esfuerzos para satisfacer esos compromisos y los resultados alcanzados, este proceso no siempre se traduce en la implementación de un derecho humano. Esto se debe a que los derechos humanos son indivisibles e interdependientes, de manera que los resultados pueden depender de la promoción y protección de otros derechos. Además, un enfoque de esta clase debe apoyar a su vez un enfoque común para evaluar y vigilar los derechos civiles y políticos, al igual que los

⁹ En su primer comentario general sobre la presentación de informes de los Estados Partes (1989), el comité del ICESCR ya solicitaba el establecimiento de puntos de referencia con respecto a indicadores cuantitativos, como el alcance de la vacunación en niños y la ingesta de calorías por persona. Véase también el comentario general No. 14 sobre el derecho al nivel más alto posible de salud (2000), párrafo 57-58.

derechos económicos, sociales y culturales.¹⁰ Finalmente, el marco adoptado debe reflejar la obligación de un Estado parte de respetar, proteger y hacer cumplir a cabalidad los derechos humanos. Cada uno de estos aspectos se discute con más detalle en las preguntas 6 a 8.

6. ¿Cuáles son los pasos para identificar los indicadores de derechos humanos?

Como un punto de partida, por cada derecho humano, existe la necesidad de trasladar la narrativa a la norma legal del derecho, en un número limitado de atributos que faciliten la identificación de indicadores apropiados para vigilar su implementación, esto básicamente por la conveniencia de tener un enfoque estructurado que permita leer el contenido normativo del derecho. Con frecuencia, se encuentra que la enumeración del derecho en los artículos relevantes, al igual que su ampliación en los comentarios generales relacionados, es muy extensa, algo no muy cómodo para el proceso de identificación de indicadores. Al ubicar los principales atributos de un derecho, se facilita el proceso de selección de indicadores adecuados o grupos de indicadores. De hecho, después de identificar los atributos de un derecho, estos pueden ayudar a hacer explícito el enlace entre los indicadores y los estándares de derechos humanos correspondientes. Además, al distinguir los atributos se crea una aproximación a la norma que permite hacer más funcionales los estándares de derechos humanos. Así, al articular los atributos, se llega a una categorización del derecho humano con una terminología que es clara y quizá más “tangible”, lo que facilita la selección de indicadores. Finalmente, en la medida en que sea factible para todos los derechos sustantivos, los atributos tienen que basarse en una lectura exhaustiva de la norma legal del derecho e identificada de una manera mutuamente excluyente.

Como ejemplo de lo anterior, se puede citar el caso del derecho a la vida, en el que, al revisar básicamente el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por su sigla en inglés) y el Comentario General No. 6 del Comité de Derechos Humanos, se identificaron cuatro atributos: “privación arbitraria de la vida”, “desaparición de personas”, “salud y nutrición”, y “pena de muerte”; eso sin contar los artículos 10 a 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR), los artículos 5 (b) y 5 (e-iv) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), los artículos 1 a 16 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, Inhumanos y Degradantes (CAT), el artículo 6 de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), el artículo 9 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares (ILCRMW, por su sigla en inglés) y el artículo 10 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) que también contienen atributos sobre éste derecho. De manera similar, en el caso del derecho a la salud se identificaron cinco atributos contenidos básicamente en artículo 25 de la DUDH, el artículo 12 del ICESCR, el

¹⁰ La Consulta de Expertos organizada por la ACUNDH, en Ginebra, el 29 de agosto de 2005, acordó que un enfoque común para evaluar y vigilar los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales era factible así como deseable, y que un enfoque de esta naturaleza podría construirse alrededor del uso de indicadores estructurales de proceso de resultado. Véase la pregunta 7 para más detalles.

Comentario General No. 14 del Comité de los ESCR, la Recomendación General No. 24 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, los Comentarios Generales No. 3 y 4 del Comité de los Derechos del Niño, el artículo 6, parágrafo 1, del ICCPR, los artículos 5 (e-iv) del CERD, los artículos 12 y 14 (2-b) de la CEDAW, el artículo 24 del CRC, los artículos 28 y 43 (e) del ICRMW y el artículo 25 del CRPD; éstos atributos fueron: “salud sexual y reproductiva”, “mortalidad infantil y atención en salud”, “medio ambiente natural y entorno ocupacional”, “prevención, tratamiento y control de enfermedades” y “accesibilidad a instalaciones de salud y medicinas esenciales”. Por tanto, para la lectura del contenido normativo de los 12 derechos humanos en los cuales se enumeraron los indicadores, se utilizaron los artículos relevantes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los tratados internacionales básicos de derechos humanos, lo mismo que de las ampliaciones respecto a los comentarios generales de los comités. Las tablas del Anexo II ofrecen ejemplos de los atributos identificados para doce derechos humanos (véase la primera fila en cada tabla).

En la segunda etapa, como se explica en la siguiente pregunta, se identificó una configuración de indicadores estructurales, de proceso y de resultados para los atributos seleccionados de un derecho humano.

7. ¿Qué importancia tienen los indicadores estructurales, de proceso y de resultados en el método para identificar indicadores para el uso en la evaluación de derechos humanos?

Un interés al proponer una configuración de indicadores bajo los atributos identificados para un derecho humano (véase pregunta anterior) es destacar una evaluación de los pasos dados por los Estados Partes para tratar sus obligaciones: los compromisos adquiridos, los esfuerzos realizados y los resultados obtenidos.

Los indicadores estructurales reflejan la ratificación y adopción de instrumentos legales y la existencia de mecanismos institucionales que faciliten la realización del derecho humano respectivo. Estos indicadores capturan el compromiso o aceptación de los estándares de derechos humanos por parte del Estado, que lo obligan a emprender las acciones requeridas para el cumplimiento de este derecho. Los indicadores estructurales tienen que enfocarse antes que nada en la naturaleza de la ley nacional que haga alusión al derecho correspondiente —si incorpora los estándares internacionales— y en los mecanismos institucionales que promuevan y protejan los estándares de derechos humanos. Los indicadores estructurales también deben considerar como elementos de gran relevancia el marco de la política nacional y las estrategias señaladas por el Estado para la realización del derecho humano. Algunos de los indicadores estructurales pueden ser comunes a todos los derechos humanos y puede haber otros que sean más relevantes para derechos humanos específicos e incluso para un atributo particular de un derecho humano. Como ejemplos de indicadores estructurales se pueden citar la fecha de entrada en vigor de determinada ley nacional y el periodo de aplicación y cobertura de alguna declaración.

Los indicadores de proceso relacionan los instrumentos de la política de Estado con los eventos importantes que se lleven a cabo —capturados éstos mediante indicadores de resultado apropiados— durante la etapa de realización de los derechos humanos. Los

instrumentos de la política de Estado se refieren a todas aquellas medidas que incluyen programas públicos e intervenciones específicas que un Estado está dispuesto a llevar a cabo para dar efecto a su compromiso y aceptación de los estándares de derechos humanos, a fin de alcanzar resultados identificados con la realización de un derecho humano. Al definir los indicadores de proceso en términos de una “relación concreta de causa y efecto”, la rendición de cuentas del Estado ante sus obligaciones puede evaluarse mejor. Al mismo tiempo, estos indicadores ayudan a vigilar directamente el cumplimiento progresivo del derecho o el proceso para proteger el derecho, según sea el caso. Los indicadores de proceso son más sensibles a los cambios que los indicadores de resultado; de ahí que sean mejores instrumentos para capturar la realización progresiva del derecho o para reflejar los esfuerzos de los Estados Partes para proteger los derechos. Un ejemplo de indicador de proceso es la proporción de personas cubiertas por un seguro de salud, esto en el caso del derecho a la salud, y otro es del de la proporción de personal del policía entrenado en las normas sobre conductas de detención, arresto, interrogación, castigo y uso proporcional de la fuerza, esto en relación con el derecho a no ser sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Los indicadores de resultado capturan los logros, individuales y colectivos, que reflejan el estatus de la realización de los derechos humanos en un contexto dado. No es solamente una medida más directa de la realización de un derecho humano, sino que también refleja la importancia del indicador para evaluar el disfrute del derecho. Dado que consolida con el paso del tiempo el impacto de diversos procesos subyacentes (que pueden ser capturados por uno o más indicadores de proceso), un indicador de resultado con frecuencia es un indicador que se mueve lentamente, menos sensible a capturar cambios momentáneos, que un indicador de proceso. Por ejemplo, el indicador de expectativa de vida o mortalidad por la disponibilidad y accesibilidad de las personas a una nutrición adecuada. Otros ejemplos de indicadores de resultado son la proporción de escaños en el parlamento ocupados por mujeres —un indicador de las Metas de Desarrollo del Milenio— en cuanto al derecho a participar en asuntos públicos, o la proporción de adultos con índice de masa corporal (IMC) menor que 18.5, esto en cuanto al derecho a una alimentación adecuada.

Al utilizar el marco de indicadores estructurales, de proceso y de resultados, se tiene como objetivo cubrir de manera coherente los indicadores que reflejan el compromiso de un Estado en el proceso de realización de los derechos humanos. En el análisis final, puede no ser importante el hecho de que un indicador esté identificado como un indicador de proceso o de resultado, siempre que capture aspectos relevantes de un atributo o un derecho o del derecho en general. Al trabajar con una configuración de indicadores de esta clase, se simplifica la selección de indicadores; se fortalece el uso de información relevante contextualmente; se facilita la cobertura de atributos o aspectos para la realización del derecho, y también se minimiza el número de indicadores, lo cual se requiere para vigilar la realización del derecho correspondiente en cualquier contexto. En segundo lugar, aunque no existe una correspondencia entre las tres categorías de indicadores y las obligaciones del Estado de respetar, proteger y cumplir a cabalidad los derechos humanos, una combinación adecuada de indicadores estructurales, de proceso y de resultado puede ayudar en la

evaluación de la implementación de las tres obligaciones.¹¹ Tercero, los indicadores de proceso y resultado pueden no ser mutuamente excluyentes. Es posible que un indicador de proceso en el caso de un derecho humano sea un indicador de resultado en el contexto de otro derecho. Por ejemplo, la proporción de la población por debajo del nivel mínimo de consumo de energía dietario puede ser un indicador de resultado del derecho a una alimentación adecuada y un indicador de proceso para el derecho a la vida. El tema guía es que para cada derecho o atributo de un derecho es importante identificar al menos un indicador de resultado que pueda estar estrechamente relacionado con la realización o disfrute de ese derecho o atributo. En otras palabras, el indicador de resultado seleccionado debe reflejar de manera suficiente su importancia en la realización de ese derecho. Los indicadores de proceso se identifican de manera que reflejen el esfuerzo de los titulares de los derechos para alcanzar el resultado identificado. Después de esto es necesario adoptar un resultado. Cuarto, la selección de todos los indicadores tiene que guiarse básicamente por la evidencia empírica en el uso de los mismos. Si a los indicadores identificados no les va bien en los criterios de relevancia empírica, no serán útiles como herramientas de vigilancia.

8. ¿Cómo pueden reflejarse las normas comunes de los derechos humanos en los indicadores?

Existen normas o principios de derechos humanos que no se relacionan exclusivamente con la realización de un derecho humano específico, sino que tratan de guiar el proceso de implementación de los derechos humanos en general, de garantizar que el proceso sea, por ejemplo, no discriminatorio, participativo, incluyente, beneficioso, transparente y, cuando se requiera, que cuente con el apoyo de la cooperación internacional. Algunas de estas normas comunes podrían reflejarse en la elección de datos y su disgregación al definir un indicador, y algunas otras podrían reflejarse en la elección de indicadores sobre estándares específicos de derechos humanos, como el derecho a participar en asuntos públicos o el derecho a un alivio efectivo.

En este sentido, al reflejar la norma común de los derechos humanos sobre no-discriminación e igualdad en la selección de indicadores estructurales, de proceso y de resultado, un siguiente paso podría ser desagregar los datos de acuerdo con los atributos encontrados para ese derecho humano, a partir de lo cual se encontrarían categorías tales como sexo, edad, discapacidad, etnia, religión, idioma o estatus social, económico, regional y político. Así, por ejemplo, si el indicador sobre la proporción de acusados que buscan y reciben ayuda legal se descompone por la situación de los grupos étnicos bajo estas condiciones, es posible capturar algún aspecto de la justicia en determinado país. En otras

¹¹ Esto es así particularmente si se están usando datos socio-económicos y otros datos administrativos (véase pregunta 9) para inferir la implementación de las tres clases de obligaciones. Por ejemplo, aunque un indicador de resultado podría revelar el fracaso general del Estado Parte para cumplir las tres obligaciones, puede no ser capaz de distinguir cuáles de las tres obligaciones se violan realmente. Este podría ser el caso con una tasa de mortalidad alta. En el caso de los indicadores de proceso puede ser más fácil identificar las obligaciones específicas que se están violando. Sin embargo, si consideramos datos basados en eventos sobre violaciones a los derechos humanos (véase pregunta 9), dada la naturaleza y metodología para la recopilación de información relevante, puede ser la manera más fácil de derivar indicadores que capturen específicamente las violaciones a respetar, proteger o cumplir la cabalidad.

instancias, la norma también puede abordarse como un “derecho procesal” que tiene una relación directa con la realización de un “derecho sustantivo”, de modo que se define en función a ese derecho sustantivo. Por ejemplo, en el contexto del derecho a la educación, un derecho sustantivo, la norma de no-discriminación e igualdad podría capturarse bajo un indicador tal como la proporción de las niñas en edad escolar matriculadas en la escuela, respecto a la proporción de niños en la misma edad matriculados en la escuela.¹²

En el caso de la norma de derechos humanos sobre la participación, algunos de los objetivos podrían ser reflejar si los segmentos vulnerables o marginados de la población en un país han sido considerados en la selección de indicadores utilizados durante el procedimiento de elaboración de los informes del Estado, o evaluar en qué medida éstos han sido tomados en cuenta para la identificación de medidas implementadas por la o el titular de los derechos humanos en el ánimo de cumplir con sus obligaciones. Los indicadores sobre las tasas de participación en el trabajo y los logros educativos de la población en general, y de grupos específicos en particular, podrían ayudar en una evaluación sobre el alcance de las medidas adoptadas por la o el responsable de la protección de los derechos humanos para respetar y promover las normas sobre empoderamiento. A nivel más general, se podrían considerar indicadores como el Coeficiente de Gini, que refleja la distribución de los ingresos o gastos domésticos de consumo cuando el proceso de desarrollo en un país está estimulando la participación, la inclusión y la igualdad en la distribución. Los indicadores sobre las tasas de participación en el trabajo y los logros educativos de la población en general, y de grupos específicos en particular (por ejemplo, mujeres, minorías, y otros grupos sociales) podrían ayudar en una evaluación del alcance con el cual el responsable de la protección de los derechos respeta y promueve las normas sobre empoderamiento. Al reflejar la función de la cooperación internacional en la implementación de los derechos humanos, en particular en algunos derechos económicos y sociales, podrían incluirse indicadores sobre la contribución de donantes, lo mismo que la participación de la ayuda y la cooperación técnica en los esfuerzos del país receptor para implementar el derecho correspondiente.

Cabe señalar que los primeros pasos para la implementación de la norma común sobre rendición de cuentas se han estado dando a medida que se traduce el contenido normativo de un derecho en indicadores cuantitativos. De hecho, la disponibilidad de información sensible para los derechos humanos, así como su recopilación y difusión a través de mecanismos independientes y bajo procedimientos transparentes, estimula y refuerza las prácticas de rendición de cuentas. Además, como se indicó antes (véase pregunta 7), al identificar un indicador de proceso como una medida que relaciona el esfuerzo de un Estado con una “relación de acción política-evento importante” específica, se da un paso importante en el marco de referencia para aumentar la rendición de cuentas en la implementación de los derechos humanos. Finalmente, es necesario señalar que la reflexión de las normas comunes de los derechos humanos en la lista de indicadores ilustrativos debe verse en términos de una configuración de indicadores sugeridos y de una totalidad de estos

¹² Al reflejar la norma de no-discriminación e igualdad, debe hacerse énfasis en los indicadores que capturan la naturaleza del acceso, y no sólo la disponibilidad, de los bienes y servicios que permiten que una persona realice su(s) derecho(s).

en el marco de referencia, y no necesariamente en términos de indicadores individuales en cada una de estas normas.

9. ¿Cuáles son las fuentes de datos para recopilar indicadores cuantitativos de derechos humanos?

Para ser de utilidad en la vigilancia de la implementación de los tratados de derechos humanos, los indicadores cuantitativos tienen que definirse con precisión, con base en una metodología aceptable de recopilación de datos, procesamiento y difusión, y tienen que estar disponibles con regularidad (véase también preguntas 10 a 12). Hay dos categorías amplias de fuentes de datos y mecanismos de generación de de datos que son particularmente útiles para promover y monitorear la implementación de los derechos humanos, en otras palabras, las estadísticas socio-económicas y otras estadísticas administrativas, así como los datos basados en eventos sobre violaciones a los derechos humanos.

Las estadísticas socio-económicas y otras estadísticas administrativas (estadísticas socio-económicas, para abreviar) se refieren a la información cuantitativa compilada y difundida por el Estado a través de sus registros administrativos y encuestas estadísticas, usualmente en colaboración con las agencias nacionales de estadísticas y bajo la guía de organizaciones internacionales y especializadas. En el contexto del sistema de vigilancia de órganos de tratados, esta categoría de indicadores es de capital importancia dado el compromiso de los Estados, establecido en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, de informar sobre su cumplimiento. Las estadísticas socio-económicas informan no solamente sobre temas relacionados con derechos económicos, sociales y culturales, sino también con un estado de derecho —por ejemplo, ejecuciones llevadas a cabo bajo la pena de muerte, población en prisión, incidencia de crímenes violentos—. El uso de una metodología estandarizada en la recopilación de información a través de operaciones del censo, encuestas en hogares, o bajo sistemas de registro civil, es usualmente confiable y de una validez razonable, de tal manera que a partir de ésta se pueden crear indicadores vitales para lograr mayor transparencia, credibilidad y rendición de cuentas en la vigilancia de los derechos humanos. Sin embargo, no todo tipo de información relevante para emprender una evaluación completa de los derechos humanos puede estar disponible a través de mecanismos administrativos de recolección de datos. En tales casos, resulta deseable hacer uso de la información recogida por fuentes no gubernamentales para complementar las estadísticas oficiales.

Los datos basados en eventos sobre violaciones a los derechos humanos (datos basados en eventos, para abreviar) son, principalmente, casos supuestos o informados de violaciones a los derechos humanos, en los que se mencionan víctimas y perpetradores identificados. Los indicadores, como una incidencia supuesta de privaciones arbitrarias de la vida, desapariciones forzadas o involuntarias, detención arbitraria y tortura, usualmente son informadas por ONG y también son procesadas de una manera estandarizada mediante los Procesos Especiales de las Naciones Unidas o de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. En general, estos datos pueden, por una parte, subestimar la incidencia de violaciones, y por otra, prevenir comparaciones válidas; no obstante, también pueden ser útiles para evaluar la situación que priva en materia de derechos humanos en determinado

país. Intentos recientes han demostrado que este método puede aplicarse también para vigilar la protección de los derechos económicos, sociales y culturales; sin embargo se ha utilizado de una manera más efectiva en la vigilancia de la protección a los derechos civiles y políticos. Además, la información que se recopila a través del uso de métodos de datos basados en eventos, suele complementar la información capturada a través de estadísticas socio-económicas. En muchas otras instancias, particularmente cuando existe una negación o privación sistemática de los derechos humanos, los datos basados en eventos son un sustituto de las estadísticas socio-económicas; por tanto, es necesario identificar y usar indicadores basados en estos métodos de recopilación de información de una manera complementaria.

Existen por lo menos otros dos mecanismos de generación de datos, es decir, las encuestas de opinión y percepción en los hogares y los datos basados en juicios de expertos, mismos que han sido utilizados ampliamente en evaluaciones de derechos humanos. Sin embargo, estos métodos tienen limitaciones —como la falta de objetividad y coherencia en los datos generados con el paso del tiempo— que los hacen menos útiles durante la evaluación del cumplimiento de los Estados Partes con sus obligaciones contraídas, contenidas éstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

10. ¿Cuáles son los criterios metodológicos en la selección de los indicadores de derechos humanos?

La consideración más importante para adoptar una metodología que identifique y genere indicadores de derechos humanos, o cualquier tipo de indicadores, es su efectividad para tratar los objetivos (véase preguntas 5 a 8). Otros requerimientos metodológicos son que al emprender evaluaciones y vigilar la implementación de los derechos humanos, los indicadores cuantitativos sean:

- relevantes, válidos y confiables;
- simples, oportunos y pocos;
- basados en información objetiva¹³ y mecanismos de generación de datos;¹⁴
- adecuados para la comparación temporal y espacial, y apegados a estándares estadísticos internacionales relevantes; y
- asequibles a la desagregación en términos de sexo, edad y segmentos de población marginada o vulnerable

Otra consideración: el costo de oportunidad de la compilación de información relevante en un indicador podría ser útil para seleccionar indicadores para uso en evaluaciones de derechos humanos.

Vale la pena anotar que aunque los datos desagregados son esenciales para tratar los temas de derechos humanos, no siempre es práctico o factible iniciar la desagregación de datos al nivel deseado. La desagregación por eso, edad, regiones o unidades administrativas puede

¹³ Véase nota pie de página 2.

¹⁴ Los indicadores deben producirse y difundirse de una manera independiente, imparcial y transparente, y basarse en la solidez de la metodología, los procedimientos y la experiencia.

ser menos difícil que por etnias, dado que la identificación de grupos étnicos a menudo implica criterios objetivos (por ejemplo, idioma) y subjetivos (por ejemplo, autoidentidad) que pueden evolucionar con el tiempo. La producción de cualquier dato estadístico también tiene implicaciones sobre los aspectos de derecho a la privacidad, protección de datos y confidencialidad y, por tanto, puede requerir estándares legales e institucionales.¹⁵

11. ¿Cómo podemos equilibrar la necesidad de un enfoque universal con el interés por identificar indicadores contextualmente relevantes a nivel de país?

La importancia contextual de los indicadores es una consideración clave para su aceptación y uso entre los usuarios potenciales vinculados con la promoción y supervisión de la implementación de los derechos humanos. Diversos países, e incluso regiones al interior de estos países, difieren en términos de sus objetivos en cuanto a derechos sociales, económicos, y políticos, debido a sus prioridades de desarrollo. Por consiguiente, no es posible tener siempre un conjunto universal de indicadores para evaluar la realización de los derechos humanos. Además, ciertos indicadores de derechos humanos, como los enfocados a la realización de algunos derechos civiles y políticos, pueden ser relevantes en todos los países; mientras que otros, como los enfocados a la realización de derechos económicos o sociales —como el derecho a la educación o a la vivienda—, pueden ser de menor relevancia en algunos países que en otros. tanteen este sentido, al diseñar un conjunto de indicadores de derechos humanos, como cualquier otro conjunto de indicadores, existe la necesidad de lograr un equilibrio razonable entre indicadores universalmente relevantes e indicadores contextualmente específicos. El enfoque adoptado por la OACNUDH permite ese equilibrio entre un conjunto básico de indicadores de derechos humanos que pueden ser universalmente relevantes y, al mismo tiempo, presenta un marco de referencia que ayuda a una evaluación más detallada y enfocada en ciertos atributos de un derecho humano, según sus requerimientos.

12. ¿Qué es una ficha de metadatos del indicador?

Una ficha de metadatos brinda información específica sobre el indicador, su definición, su fundamento para ser incluido como un indicador de derechos humanos y su fuente de datos —como registros administrativos, encuestas estadísticas, testimonios y denuncias de las víctimas—, método de cálculo, estándares internacionales de estadística relacionados, niveles de desagregación e información adicional sobre sus limitaciones. Esto ayuda a la interpretación de la información incorporada en el indicador correspondiente y su aplicación por parte del usuario potencial.

¹⁵ Véase, por ejemplo, los Principios Fundamentales de Estadísticas Oficiales de las Naciones Unidas (<http://unstats.un.org/unsd/goodprac/bpabout.asp>)

Lista de indicadores ilustrativos sobre el derecho a la vida (DUDH, Art. 3) (*indicadores relacionados con MDM)			
	Desaparición de personas	Salud y nutrición	Penal de muerte
Estructurales	<ul style="list-style-type: none"> • Tratados internacionales de derechos humanos, relevantes para el derecho a la vida, ratificados por el Estado • Fecha de entrada en vigor y cobertura del derecho a la vida en la Constitución u otras formas de legislación superior • Fecha de entrada en vigor y cobertura de procedimientos formales que rigen la inspección de celdas policiales, centros de detención y prisiones, por parte de agencias de inspección independientes 	<ul style="list-style-type: none"> • Tiempo y cobertura de la política nacional sobre salud y nutrición 	<ul style="list-style-type: none"> • Número de entidades administrativas subnacionales que han abolido la pena de muerte
De proceso	<ul style="list-style-type: none"> • Proporción de denuncias recibidas sobre el derecho a la vida, investigadas y adjudicadas por la institución nacional de derechos humanos, el defensor de los derechos humanos u otros mecanismos, y la proporción respondida efectivamente por el Gobierno • Tipo de acreditación de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos mediante las reglas de procedimiento del Comité Coordinador Internacional de Instituciones Nacionales • Proporción de comunicaciones enviadas por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, respondidas efectivamente por el Gobierno en el periodo del informe • Proporción de funcionarios pertenecientes a autoridades competentes (incluidas fuerzas de policía, militares y de seguridad del Estado) capacitados en normas de conducta relacionadas con el uso proporcional de la fuerza, arresto, detención, interrogación o castigo • Proporción de funcionarios de las autoridades competentes investigados formalmente por abuso físico o no físico o delitos que causaron la muerte o amenazaron la vida en el periodo del informe • Proporción de investigaciones formales de funcionarios de autoridades competentes que resultaron en acciones disciplinarias o en judicialización en el periodo de informe • Proporción de perpetradores identificados de casos reportados de privación arbitraria de la vida investigados judicialmente, arrestados, juzgados, condenados o que cumplen sentencia en el periodo de informe 	<ul style="list-style-type: none"> • Proporción de comunicaciones enviadas por el Grupo de Trabajo de la ONU sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, respondidas efectivamente por el Gobierno en el periodo de informe • Proporción de casos en los que la detención antes del juicio (antes de ser presentado ante un tribunal) excedió el límite de tiempo estipulado legalmente en el periodo de informe • Número de peticiones de <i>habeas corpus</i> y peticiones similares presentadas en los tribunales en el periodo de informe • Proporción de perpetradores identificados de casos reportados de desapariciones investigados judicialmente, arrestados, juzgados, condenados o que cumplen sentencia en el periodo de informe 	<ul style="list-style-type: none"> • Proporción de la población que utiliza una fuente de agua potable mejorada* • Proporción de nacimientos atendidos por personal médico calificado* • Proporción de la población por debajo del nivel mínimo de consumo de energía dietario* • Proporción de población objetivo cubierta bajo programas públicos de suplementos de nutrición* • Proporción de la población que goza de mejores instalaciones sanitarias* • Proporción de niños de un año de edad vacunados contra enfermedades prevenibles (por ejemplo, sarampión*) • Proporción de casos de enfermedades detectados y curados (por ejemplo, tuberculosis*)
De resultado	<ul style="list-style-type: none"> • Número de homicidios y delitos que amenazan la vida por cada 100.000 habitantes • Número de muertes en custodia por cada 1000 personas detenidas con prisión, por causa de muerte (por ejemplo, enfermedad, suicidio, homicidio) • Casos reportados de privación arbitraria de la vida (por ejemplo, reportados ante el Relator Especial de la ONU sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias) 	<ul style="list-style-type: none"> • Tasas de mortalidad infantil y en menores de cinco años* • Expectativa de vida al nacer o al cumplir un año de edad • Prevalencia y tasas de muerte asociadas con enfermedades transmisibles y no transmisibles (por ejemplo, VIH/sida, malaria* y tuberculosis*) 	<ul style="list-style-type: none"> • Proporción de sentencias de pena de muerte conmutadas • Número ejecuciones (bajo pena de muerte)
24. 4.08 Todos los indicadores deben desagregarse con base en fundamentos de discriminación prohibidos, según sea aplicable y se refleje en los metadatos			

Lista de indicadores ilustrativos sobre el derecho a la libertad y seguridad de la persona (DUDH, Art. 3)		Revisión efectiva por parte de un tribunal	Seguridad contra los delitos y abuso por parte de funcionarios de autoridades competentes
Arresto y detención con base en cargos penales	Privación administrativa de la libertad		
Estructurales	<ul style="list-style-type: none"> • Tratados internacionales de derechos humanos, relevantes para el derecho a la libertad y seguridad de la persona, ratificados por el Estado • Fecha de entrada en vigor y cobertura del derecho a la libertad y seguridad de la persona en la Constitución y otras formas de legislación superior • Tiempo y cobertura de las leyes nacionales del derecho a la libertad y seguridad de la persona • Tiempo y cobertura del marco de política y administrativo contra cualquier privación arbitraria de la libertad, sea con base en cargos penales, sentencias o decisiones de un tribunal o con fundamentos administrativos (por ejemplo inmigración, enfermedad mental, propósitos educativos, vagancia) • Tipo de acreditación de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos mediante las normas de procedimiento del Comité Coordinador Internacional de Instituciones Nacionales • Plazos legales para que una persona permanezca detenida o arrestada antes de ser informada de las razones para el arresto o la detención; antes de ser presentada ante una autoridad o de que el caso haya sido revisado por una autoridad con facultades judiciales, y por la duración del juicio de una persona detenida 	<ul style="list-style-type: none"> • Tiempo y cobertura del marco de política y administrativo sobre seguridad, manejo de criminalidad y abusos por parte de funcionarios de las autoridades competentes 	<ul style="list-style-type: none"> • Tiempo y cobertura del marco de política y administrativo sobre seguridad, manejo de criminalidad y abusos por parte de funcionarios de las autoridades competentes
De proceso	<ul style="list-style-type: none"> • Proporción de denuncias recibidas por el derecho a la libertad y seguridad de una persona, investigadas y adjudicadas por la institución nacional de derechos humanos u otros mecanismos, y la proporción respondida efectivamente por el Gobierno • Proporción de comunicaciones enviadas por el Grupo de Trabajo de la ONU sobre Detención Arbitraria respondidas efectivamente por el Gobierno • Proporción de funcionarios de las autoridades competentes (incluidas fuerzas de policía, militares y de seguridad del Estado) capacitados en normas de conductas relacionadas con el uso proporcional de la fuerza, arresto, detención, interrogación o castigo • Número/proporción de restos o detenciones no administrativas nacionales (por ejemplo, seguridad, control de inmigración, enfermedad mental, por razones médicas, propósitos educativos, adicción a estupefacientes, obligaciones financieras) en el periodo de informe • Número/proporción de acusados liberados antes y durante el juicio, a cambio de fianza o debido a que no se presentaron cargos en el periodo de informe 	<ul style="list-style-type: none"> • Proporción de casos en que el tiempo en que las personas estuvieron detenidas o arrestadas antes de ser informadas de las razones del arresto, antes de recibir aviso de los cargos (en un sentido legal) o antes de ser informadas de las razones de la detención administrativa, supero el limite de tiempo correspondiente estipulado legalmente • Número de solicitudes de <i>hábeas corpus</i> y peticiones similares presentadas ante los tribunales en el periodo de informe • Proporción de solicitudes de fianza aceptadas por el tribunal en el periodo de informe • Proporción de personas arrestadas o detenidas que contaban con acceso a un asesor o ayuda legal • Proporción de casos sujetos a revisión por un tribunal de más alto nivel o entidad de apelaciones • Casos reportados en donde las detenciones antes y durante el juicio excedieron el tiempo limite estipulado legalmente en el periodo de informes • Proporción de personas arrestadas o detenidas que contaban con acceso a un asesor o ayuda legal • Proporción de casos sujetos a revisión por un tribunal de más alto nivel o entidad de apelaciones • Casos reportados en donde las detenciones antes y durante el juicio excedieron el tiempo limite estipulado legalmente en el periodo de informes 	<ul style="list-style-type: none"> • Proporción de funcionarios de las autoridades competentes investigados formalmente por abusos físicos o no físicos o delitos, que incluyen arresto y detención arbitrarios (con base en fundamentos penales o administrativos) en el periodo de informe • Proporción de investigaciones formales contra funcionarios de las autoridades competentes que lleven a acciones disciplinarias o judicialización en el periodo de informe • Número de personas arrestadas, juzgadas, condenadas o que cumplieron sentencia por delitos violentos (incluidos homicidio, violación, asalto) por cada 100.000 habitantes en el periodo de informe • Proporción de funcionarios de las autoridades competentes asesinados en el cumplimiento de su deber en el periodo de informe • Proprietarios de armas de fuego por cada 100.000 habitantes / Número de licencias para porte de armas retiradas en el periodo de informe • Proporción de crímenes violentos con el uso de armas de fuego • Proporción de crímenes violentos informados a la policía (encuesta de victimización) en el periodo de informe
De resultado	<ul style="list-style-type: none"> • Número de tensiones por cada 100.000 habitantes, con base en una orden de la corte o debido a acción de autoridades ejecutivas al final del periodo de informe • Casos informados de detenciones arbitrarias, incluidas detenciones posteriores al juicio (por ejemplo, informado al Grupo de Trabajo de la ONU sobre Detención Arbitraria) en el periodo de informe 	<ul style="list-style-type: none"> • Proporción de la población que se siente "insegura" (por ejemplo caminando sola en un área en la oscuridad o sola en casa en la noche) • Incidencia y prevalencia de abusos o delitos físicos y no físicos, incluidos los de funcionarios de autoridades competentes en cumplimiento del deber, por cada 100.000 habitantes, en el periodo de informe 	<ul style="list-style-type: none"> • Proporción de la población que se siente "insegura" (por ejemplo caminando sola en un área en la oscuridad o sola en casa en la noche) • Incidencia y prevalencia de abusos o delitos físicos y no físicos, incluidos los de funcionarios de autoridades competentes en cumplimiento del deber, por cada 100.000 habitantes, en el periodo de informe
24. o 4.08. Todos los indicadores deben desagregarse con base en fundamentos de discriminación prohibidos, según sea aplicable, y se refleje en los metadatos			

Lista de indicadores ilustrativos sobre el derecho a no ser sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (DUDH, Art. 5)		Violencia en la comunidad e intrafamiliar	
Integridad física y mental de personas detenidas o prisioneras		Uso de la fuerza por parte de funcionarios de hacer cumplir la ley	
Estructurales	<ul style="list-style-type: none"> Tratados internacionales de derechos humanos, relevantes para el derecho a no ser sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ratificados por el Estado Fecha de entrada en vigor y cobertura del derecho a no ser sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en la Constitución u otras formas de legislación superior Fecha de entrada en vigor y cobertura de las leyes nacionales para implementar el derecho a no ser sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, incluidos códigos de conducta en pruebas médicas y experimentos científicos en seres humanos Tipo de acreditación de la Institución Nacional de Derechos Humanos mediante las normas de procedimiento del Comité Coordinador Internacional de Instituciones Nacionales Fecha entrada en vigor del código de conducta para funcionarios de autoridades competentes, incluidas normas de conducta Fecha de entrada en vigor y cobertura de la legislación específica sobre violencia en la comunidad e intrafamiliar Fecha de entrada en vigor y cobertura de la legislación específica sobre violencia en la comunidad e intrafamiliar Número de centros de rehabilitación para víctimas de violencia doméstica incluídas mujeres, parejas y niños Tiempo máximo legal para detención en condición de <i>incomunicado</i> Tiempo y cobertura de la política de salud para centros de detención y prisiones 	<ul style="list-style-type: none"> Fecha de entrada en vigor y cobertura de la legislación específica sobre violencia en la comunidad e intrafamiliar Número de centros de rehabilitación para víctimas de violencia doméstica incluídas mujeres, parejas y niños 	<ul style="list-style-type: none"> Fecha de entrada en vigor y cobertura de la legislación específica sobre violencia en la comunidad e intrafamiliar Número de centros de rehabilitación para víctimas de violencia doméstica incluídas mujeres, parejas y niños
De proceso	<ul style="list-style-type: none"> Proporción de quejas recibidas sobre el derecho a no ser sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes investigadas y calificadas por la institución nacional de derechos humanos, el defensor de los derechos humanos u otros mecanismos y la proporción de estas denuncias respondidas efectivamente por el Gobierno Proporción de comunicaciones enviadas por los Relatores Especiales sobre tortura y violencia contra la mujer, respondidas efectivamente por el Gobierno en el período informe Proporción de funcionarios de las autoridades competentes (incluidos personal de la policía, militares, agencias de investigación especializadas y personal que custodia) capacitados en normas de conducta relacionados con el uso proporcional de la fuerza, arresto, detención, interrogatorio o castigo Ocupación real de las prisiones en proporción con la capacidad de la prisión, de acuerdo con las convenciones relevantes de la ONU sobre condiciones en prisión Proporción de personas detenidas y condenadas que vive en condiciones que cumplen los requerimientos legalmente establecidos (por ejemplo agua potable, contenido cúbico de aire, espacio mínimo de piso, calefacción) Número de personal de custodia y otro personal relevante por interno Proporción de centros de detención y prisiones con instalaciones para separar a las personas bajo custodia (por sexo, edad, acusados/ sentenciados, casos penales./salud mental, relacionados con inmigración u otros casos) 	<ul style="list-style-type: none"> Proporción de funcionarios de las autoridades competentes formalmente investigados por abuso físico y no físico o delitos (incluida tortura y uso excesivo de la fuerza) en el período de informe Proporción de investigaciones formales de funcionarios de las autoridades competentes que conducen a la acción disciplinaria o judicialización Proporción de arrestos y otros actos de detención de personas en los cuales funcionarios encargados de hacer cumplir la ley dispararon armas de fuego 	<ul style="list-style-type: none"> Proporción de los gastos públicos sociales en campañas para sensibilizar a las personas sobre la violencia contra las mujeres y los niños (por ejemplo violencia por parte de las parejas, mutilación genital, violación) Proporción de profesionales de salud y trabajadores sociales capacitados en el manejo de temas de violencia doméstica Proporción de personal docente capacitado frente al uso de violencia física contra los niños Proporción de personal docente sujeto a acciones disciplinarias, judicializado por abuso físico y no físico en niños Proporción de mujeres que informan formas de violencia (física, sexual o psicológica) contra ellas o sus hijos, que inician acción legal o que buscan ayuda en centros policiales o de consejería Número de personas arrestadas, juzgadas, condenadas o que cumplen sentencia por crímenes violentos (incluidos homicidio, violación, asalto) por cada 100.000 habitantes en el período de informe
De resultado	<ul style="list-style-type: none"> Incidencia y prevalencia de muerte, lesiones físicas y enfermedades transmisibles y no transmisibles (VI/SIDA, malaria/tuberculosis*, enfermedad mental) en custodia Proporción de personas detenidas o en prisión que permanecen <i>incomunicadas</i> o en confinamiento solitario prolongado Casos reportados de métodos inhumanos de ejecución y tratamiento de personas sentenciadas a muerte/encarceladas en el período de informe Proporción de personas detenidas o prisioneras con índice de masa corporal < 18.5 Casos reportados de tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes perpetrados por un agente del Estado o cualquier otra persona que actúe bajo autoridad gubernamental o con su complicidad, tolerancia o aquiescencia, pero sin ningún proceso o sin el debido proceso (por ejemplo, según los reportes ante el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Tortura/Violencia contra la Mujer) en el período de informe Proporción de víctimas de tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que recibieron compensación y rehabilitación en el período de informe 	<ul style="list-style-type: none"> Incidencia de muerte y lesiones físicas como resultado de arrestos u otros actos sobre personas detenidas, por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en el período de informe Incidencia de muerte y lesiones físicas como resultado de arrestos u otros actos sobre personas detenidas, por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en el período de informe 	<ul style="list-style-type: none"> Proporción de niños o estudiantes por cada 1000 matriculados y pacientes que experimentaron castigo corporal en instituciones médicas y de enseñanza Incidencia y prevalencia de muertes y débitos relacionados con la violencia intrafamiliar o en la comunidad (incluidos homicidios, violación, asalto) en el período de informe
<p>24. 04.08. Todos los indicadores deben desagregarse con base en fundamentos de discriminación prohibidos, según sea aplicable y se refleje en los metadatos</p>			

Lista de indicadores ilustrativos sobre el derecho a la educación (DUDH, Art. 26) (*Indicadores relacionados con MDM)		Oportunidad y Libertad Educativa
Educación Primaria Universal	Acceso a Educación Secundaria y superior	Curriculos Y Recursos Educativos
	<ul style="list-style-type: none"> Tratados internacionales de derechos humanos, relevantes para el derecho a la vida, ratificados por el Estado Fecha de entrada en vigor y cobertura de la educación en la Constitución u otra forma de legislación superior Fecha de entrada en vigor y cubrimiento de las leyes nacionales para implementar el derecho a la educación, incluida la prohibición de castigo físico, discriminación en acceso a la educación, hacer que la educación en las instituciones educativas estén libres de barreras y sean inclusivas (por ej: niños con incapacidades, niños en detención, niños migrantes, niños indígenas). Fecha de entrada en vigor y cobertura de las leyes nacionales sobre la libertad de personas y grupos (incluidas minorías) para establecer y dirigir instituciones educativas. Número de organizaciones no gubernamentales registradas y/o activas (por ej/ 100.000 personas) involucradas en la promoción y protección del derecho a la educación. 	<ul style="list-style-type: none"> Plazo y cubrimiento de política nacional de educación para todos, incluida la provisión de medidas provisionales y especiales para grupos objetivo (ej: niños de la calle y niños que trabajan) Plazo y cubrimiento de política nacional de educación vocacional y técnica. Fecha de entrada en vigor y cobertura de un marco regulador incluido currículos estandarizados para educación a todos los niveles. Proporción de instituciones educativas a todo nivel que enseñen derechos humanos / número de horas en currículos sobre educación en derechos humanos. Proporción de instituciones educativas con mecanismos (consejos estudiantiles) para que los estudiantes participen en asuntos que les afecta.
Estructurales	<ul style="list-style-type: none"> Plazo y cubrimiento del plan de acción adoptado por el Estado parte para implementar el principio de educación primaria obligatoria, gratis para todos. Duración estipulada de educación obligatoria y edad mínima de admisión. Proporción de quejas recibidas sobre el derecho a la educación investigadas y calificadas por la institución nacional de derechos humanos, defensor de derechos humanos y la proporción de respuestas atendidas por el gobierno. Gasto público en educación primaria, secundaria y superior como proporción del ingreso interno bruto; asistencia neta de desarrollo oficial (ODA) para educación recibida o provista como proporción del gasto público en educación.* 	<ul style="list-style-type: none"> Plazo y cubrimiento de política nacional de educación para todos, incluida la provisión de medidas provisionales y especiales para grupos objetivo (ej: niños de la calle y niños que trabajan) Plazo y cubrimiento de política nacional de educación vocacional y técnica. Fecha de entrada en vigor y cobertura de un marco regulador incluido currículos estandarizados para educación a todos los niveles. Proporción de instituciones educativas a todo nivel que enseñen derechos humanos / número de horas en currículos sobre educación en derechos humanos. Proporción de instituciones educativas con mecanismos (consejos estudiantiles) para que los estudiantes participen en asuntos que les afecta.
Proceso	<ul style="list-style-type: none"> Relación de Matrículas Netas en Primaria por grupos objetivo, incluidos niños con discapacidades. Deserción en educación primaria por grados para grupos objetivo. Proporción de niños matriculados en instituciones públicas de educación primaria. Proporción de estudiantes (por grupos objetivo) cubiertos por programas financieros públicos adicionales o incentivos para educación primaria. Proporción de escuelas públicas con cargos de usuario para servicios diferentes a costos de enseñanza. Proporción de maestros de educación primaria plenamente calificados y capacitados. Proporción de niños con acceso a educación en su lengua nativa Proporción de estudiantes en grado 1 que asistieron a pre-escolar. 	<ul style="list-style-type: none"> Proporción de colegios o instituciones que se conforman a los requerimientos estipulados sobre instalaciones académicas y físicas. Periodicidad de revisión curricular en todos los niveles. Número de instituciones educativas reconocidas o inhibidas por niveles durante el periodo del informe por la respectiva o relevante entidad reguladora. Salario promedio de maestros como porcentaje de los salarios mínimos reglamentados. Proporción de maestros a todos los niveles que culminan entrenamiento obligatorio durante el periodo del informe. Relación numérica entre estudiantes y personal docente en educación primaria, secundaria, pública y privada.
De resultado	<ul style="list-style-type: none"> Relación de niñas : niños en educación primaria por grados para grupos objetivo* Proporción de estudiantes que comienzan grado 1 que llegan a grado 5 (tasa de terminación de educación primaria)* Proporción de niños fuera de colegio en educación primaria por grupo de edades. Tasas de alfabetismo en jóvenes (15-24 años)* y adultos (15+) (que sepan leer, escribir, calcular, resolver problemas y otras habilidades de la vida diaria) 	<ul style="list-style-type: none"> Proporción de instituciones educativas que realizan actividades en "aprendizaje activo". Proporción de población adulta amparada con programas de educación básica. Proporción de estudiantes, por nivel, matriculados en programas de educación continua y a distancia. Número de instituciones de grupos de población étnica, lingüística, minoritaria y religiosa reconocidos o que reciben ayuda pública. Proporción de fuerza de trabajo disponible para re-capacitar o aumentar destrezas del personal en instituciones públicas o apoyadas con fondos públicos Proporción de instituciones de aprendizaje superior que gozan de autonomía gerencial y académica. Computadores personales en uso por cada 100 habitantes*
24.4.08	<p><i>Todos los indicadores deben ser desagregados por sexo prohibidos de discriminación como hojas de metas aplicables y reflejadas</i></p>	

Lista de indicadores ilustrativos sobre el derecho a participar en asuntos públicos (DUDH, Art. 21) (*Indicadores relacionados con MDM)		
	Sufragio universal e igual	Acceso a cargos públicos
	Ejercicio de poderes legislativos, ejecutivos y administrativos	
Estructurales	<ul style="list-style-type: none"> • Tratados internacionales de derechos humanos, relevantes para el derecho a participar en asuntos públicos, ratificados por el Estado • Fecha de entrada en vigor y cobertura del derecho a participar en asuntos públicos en la Constitución u otras formas de legislación superior de comunicación y asociación. • Fecha de entrada en vigor del sufragio universal, derecho a votar, derecho a participar en elecciones, disposiciones legales que definiendo la ciudadanía y sus limitaciones (incluidos límites de edad) para residentes permanentes, con respecto al derecho a participar en asuntos públicos a nivel nacional y local. • Cuota, tiempo y cobertura de medidas especiales y temporales para poblaciones objetivo en entidades legislativas, ejecutivas, judiciales y nombradas • Tipo de acreditación de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos mediante las normas de procedimiento del Comité Coordinador Internacional de Instituciones Nacionales • Número de organizaciones registradas y/o activas no gubernamentales (por cada 100.000 habitantes) involucradas en la promoción y protección del derecho a participar en asuntos públicos • Periodicidad de elecciones ejecutivas y legislativas a nivel nacional y local • Fecha de entrada en vigor y cobertura de las leyes que establecen un órgano electoral nacional independiente 	<ul style="list-style-type: none"> • Fecha de entrada en vigor y cobertura de disposiciones legales que garantizan el acceso a cargos públicos sin discriminación • Fecha de entrada en vigor y cobertura de tribunales administrativos o mecanismos dedicados de compensación judicial para asuntos del servicio público
De proceso	<ul style="list-style-type: none"> • Proporción de denuncias recibidas sobre el derecho a participar en asuntos públicos, investigadas y juzgadas por la institución nacional de derechos humanos, el defensor de los derechos humanos u otros mecanismos y la proporción de estas denuncias respondidas efectivamente por el Gobierno • Número de comicios (elección, referendo y plebiscito) a nivel nacional y local realizado durante el periodo de informe • Número de legislaciones adoptadas por las asambleas nacionales y subnacionales durante el periodo de informe • Proporción de elecciones y sesiones de órganos elegidos a nivel nacional y local, realizada según el cronograma trazado por lo organismos constitucionales o legales • Proporción de gastos en campañas electorales a nivel nacional y subnacional cubiertos con fondos públicos • Proporción de personal elegido cuyos periodos fueron interrumpidos por causa de interrupción • Proporción de mujeres y grupos objetivos incluidos en los partidos políticos nacionales o presentados como candidatos para elección 	<ul style="list-style-type: none"> • Proporción de vacantes en autoridades públicas (seleccionadas) a nivel nacional y subnacional, cubiertas mediante la elección de mujeres y candidatos de grupos de población objetivo • Proporción de casos llevados ante tribunales administrativos y mecanismos dedicados de indemnización judicial para cuestiones del servicio público juzgadas y finalmente dispuestas durante el periodo de informe • Proporción de cargos en el servicio público reservados a nacionales o ciudadanos
De resultado	<ul style="list-style-type: none"> • Proporción de escaños en el parlamento*, órganos de elección y nombramiento a nivel subnacional y nacional ocupados por mujeres y grupos objetivo 	<ul style="list-style-type: none"> • Casos informados de negación de acceso al servicio público o a un cargo público por razón de discriminación • Proporción de cargos públicos ocupados por mujeres y miembros de grupos objetivo
24.04.08 Todos los indicadores deben desagregarse con base en fundamentos de discriminación prohibidos, según sea aplicable y se refleje en los metadatos		

Lista de indicadores ilustrativos sobre el derecho a vivienda adecuada (DUDH, Art. 25) (*indicadores relacionados con MDM)			
Habitabilidad	Acceso a Servicios	Seguridad de tenencia	
<p>Tratados internacionales de derechos humanos, relevantes para el derecho a una vivienda adecuada, ratificados por el Estado.</p> <p>Fecha de entrada en vigor y cobertura del derecho a vivienda adecuada en la Constitución u otra forma de legislación superior.</p> <p>Fecha de entrada en vigor y cumplimiento de las leyes nacionales para implementar el derecho a una vivienda adecuada</p> <p>Tipo de acreditación de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos por las reglas de procedimiento del Comité de Coordinación Internacional de Instituciones Nacionales.</p> <p>Número de organizaciones no gubernamentales registradas y/o activas (por \leq 100,000 personas) involucradas en la promoción y protección del derecho a vivienda adecuada.</p> <p>Plazo y cumplimiento de la política o estrategia de política nacional de vivienda para la implementación progresiva de medidas.</p> <p>Incluidas medidas especiales para grupos objetivo, para el derecho a vivienda adecuada a diferentes niveles del gobierno.</p> <p>Plazo y cumplimiento de la política nacional de rehabilitación, reasentamiento y manejo de desastres naturales.</p>	<p>Tratados internacionales de derechos humanos, relevantes para el derecho a una vivienda adecuada, ratificados por el Estado.</p> <p>Fecha de entrada en vigor y cobertura del derecho a vivienda adecuada en la Constitución u otra forma de legislación superior.</p> <p>Fecha de entrada en vigor y cumplimiento de las leyes nacionales para implementar el derecho a una vivienda adecuada</p> <p>Tipo de acreditación de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos por las reglas de procedimiento del Comité de Coordinación Internacional de Instituciones Nacionales.</p> <p>Número de organizaciones no gubernamentales registradas y/o activas (por \leq 100,000 personas) involucradas en la promoción y protección del derecho a vivienda adecuada.</p> <p>Plazo y cumplimiento de la política o estrategia de política nacional de vivienda para la implementación progresiva de medidas.</p> <p>Incluidas medidas especiales para grupos objetivo, para el derecho a vivienda adecuada a diferentes niveles del gobierno.</p> <p>Plazo y cumplimiento de la política nacional de rehabilitación, reasentamiento y manejo de desastres naturales.</p>	<p>Tratados internacionales de derechos humanos, relevantes para el derecho a una vivienda adecuada, ratificados por el Estado.</p> <p>Fecha de entrada en vigor y cobertura del derecho a vivienda adecuada en la Constitución u otra forma de legislación superior.</p> <p>Fecha de entrada en vigor y cumplimiento de las leyes nacionales para implementar el derecho a una vivienda adecuada</p> <p>Tipo de acreditación de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos por las reglas de procedimiento del Comité de Coordinación Internacional de Instituciones Nacionales.</p> <p>Número de organizaciones no gubernamentales registradas y/o activas (por \leq 100,000 personas) involucradas en la promoción y protección del derecho a vivienda adecuada.</p> <p>Plazo y cumplimiento de la política o estrategia de política nacional de vivienda para la implementación progresiva de medidas.</p> <p>Incluidas medidas especiales para grupos objetivo, para el derecho a vivienda adecuada a diferentes niveles del gobierno.</p> <p>Plazo y cumplimiento de la política nacional de rehabilitación, reasentamiento y manejo de desastres naturales.</p>	
De proceso	<p>Proporción de quejas recibidas sobre el derecho a vivienda adecuada investigadas y calificadas por la institución nacional de derechos humanos, el defensor de derechos humanos u otros mecanismos y la proporción que fue respondida efectivamente por el gobierno.</p> <p>Número y gasto público total en reconstrucción y rehabilitación de vivienda por personas desalojadas/desplazadas durante el período del informe.</p> <p>Asistencia técnica de desarrollo oficial (ODA) para vivienda (incluidos servicios básicos y de tierra) recibida o provista como proporción del gasto público en vivienda o GNI *</p> <p>Distribución de gasto público en provisión y mantenimiento de servicios de sanidad, acueducto, electricidad y conectividad física de las habitaciones.</p> <p>Proporción de población objetivo a la que se le amplió acceso sostenible a una fuente de agua mejorada*, electricidad y recolección de basuras durante el período del informe.</p> <p>Área habitable (m²) adicionales mediante reclamación, incluidos sitios peligrosos y cambio en el patrón de uso de la tierra durante el período del informe.</p> <p>Área habitable (m² per cápita) reservado para vivienda social y comunitaria durante el período del informe</p>	<p>Proporción de hogares que reciben asistencia pública en vivienda, incluidos los que viven en viviendas alquiladas o viviendas subsidiadas para propiedad.</p> <p>Proporción de hogares objetivo que viven en reasentamientos rehabilitados en el período del informe.</p> <p>Proporción de población sin hogar a la que se le amplió el uso de refugios públicos y comunitarios en el período del informe.</p>	<p>Tiempo promedio para negociar conflictos relacionados con derechos de vivienda y de tierra en cortes y tribunales.</p> <p>Número/proporción de apelaciones legales que buscan impedir desalojos o demoliciones programadas ordenados judicialmente en el período del informe.</p> <p>Número/proporción de procedimientos legales que buscan compensación luego de desalojos durante el período del informe, por resultado luego de sentenciar</p> <p>Número y proporción de personas desplazadas o desalojadas que fueron rehabilitadas o reasentadas durante el período del informe.</p> <p>Casos reportados de "desalojos forzados" (por ejemplo, reportados a los procedimientos especiales de las Naciones Unidas) durante el período del informe.</p> <p>Proporción de hogares con protección legal, contractual, estatutaria u otra clase de seguridad que provea garantía de tenencia o proporción de hogares con acceso a tenencia segura.</p> <p>Proporción de mujeres con títulos de tierras o bienes.</p>
De resultado	<p>Proporción de población con suficiente espacio de vivienda (personas por habitación o habitaciones por hogar) o número promedio de personas por habitación entre hogares objetivo.</p> <p>Proporción de hogares que viven en estructura permanente de acuerdo con los códigos y estatutos de construcción.</p> <p>Proporción de hogares que viven en o cercano a condiciones peligrosas.</p>	<p>Proporción de población urbana que vive en barrios marginales*</p> <p>Proporción de población que usa fuente de agua potable mejorada (pública/privada), instalaciones de sanidad, electricidad y recolección de basuras.</p> <p>Proporción del presupuesto de hogares de los grupos de población objetivo que gasta en agua, sanidad, electricidad y recolección de basuras.</p>	<p>Proporción de hogares que gastan más de "X" % de su ingreso o gasto mensual en vivienda o promedio de alquiler con ingresos inferiores a tres deciles comparado los tres superiores.</p> <p>Promedio anual de personas sin hogar por 100,000 habitantes ("X" se define normativamente para el contexto de país)</p>
24.4.08	<i>Todos los indicados orsdeben ser desagregados por bases prohibidas de discriminación como hojas de metas aplicables y reflejadas</i>		

Lista de indicadores ilustrativos sobre el derecho al trabajo (DUDH, Art. 23) (*Indicadores relacionados con MDM)		Protección contra trabajo forzado y desempleo.
Acceso a trabajo decente y productivo	Condiciones de trabajo justas y seguras	Capacitación, mejora de habilidades y desarrollo profesional
ESTADÍSTICAS	<ul style="list-style-type: none"> Tratados internacionales de derechos humanos y de la OIT relevantes al derecho al trabajo, ratificados por el Estado Fecha de entrada en vigor y cobertura del derecho al trabajo en la Constitución u otra forma de legislación superior. Fecha de entrada en vigor y cumplimiento de las leyes nacionales para implementar el derecho al trabajo, incluidas reglamentaciones que garanticen iguales oportunidades para todos y eliminen las discriminaciones relacionadas con el empleo, así como medidas especiales (temporales) para grupos objetivo (ej: mujeres, niños, indígenas, migrantes). Número de organizaciones no gubernamentales registradas y/o activas (por c/ 100,000 personas), incluidos en sindicatos, involucradas en la promoción y protección del derecho al trabajo. Plazo y cobertura de una política nacional de empleo total y productivo. Fecha de entrada en vigor y cobertura de normas y procedimientos que garanticen condiciones laborales seguras y sanas, incluido un ambiente libre de acoso sexual, y establecimiento de una entidad de monitoria independiente. Máximo número de horas laborales por semana estipuladas por la ley. Edad mínima para empleo por tipo de ocupación. Duración de licencia de maternidad, paternidad y parental y derechos a licencias médicas y proporción de salarios pagados durante el periodo de la cobertura. 	<ul style="list-style-type: none"> Plazo y cobertura de la política nacional para la educación vocacional y mejora de habilidades. Proporción de regiones administrativas con agencias públicas especializadas para ayudar a las personas a encontrar trabajo.
De proceso	<p>Proporción de quejas sobre el derecho al trabajo, incluidas condiciones laborales justas y seguras, investigadas y adjudicadas por la institución nacional de derechos humanos, defensoría del pueblo u otros mecanismos (como procedimientos de la OIT, sindicatos) y la proporción estas respondidas efectivamente por el gobierno.</p> <ul style="list-style-type: none"> Proporción de población objetivo que recibe apoyo efectivo para su (re)ingreso al mercado laboral. Crecimiento anual de empleos (índices de creación de puestos de trabajo), por nivel de educación. Tiempo promedio que se gasta en el cuidado doméstico no pago de la familia, así como en el trabajo no pagado de asuntos familiares por mujeres, hombres y niños. Proporción de solicitudes por padre o tutor para la atención certificada a niños, revisadas y atendidas durante el periodo del informe. Proporción de trabajadores que pasaron de contratos precarios a estables durante el periodo del informe. 	<ul style="list-style-type: none"> Proporción de fuerza laboral que toma alguna capacitación durante el tiempo de su empleo. Proporción de personas desempleadas involucradas en programas de capacitación, incluidos empleos financiados públicamente. Mejoramiento en proporciones de ingresos secundarios y terciarios durante el periodo del informe.
De resultado	<ul style="list-style-type: none"> Proporción empleo-población*, por sexo, grupo objetivo y nivel de educación. Proporción de trabajadores voluntarios de tiempo parcial y total de población empleada tiempo de parcial. Proporción de mujeres con empleo asalariado en el sector no agrícola* Proporción de trabajadores en empleo precario (ej: corto, término fijo, casual, de temporada, etc.) 	<ul style="list-style-type: none"> Tasa de desempleo por sexo, grupos objetivo y nivel de educación (Registros LFS). Incidencia de trabajo forzado, incluidas las peores formas de trabajo infantil y trabajo doméstico. Casos reportados de violaciones al derecho al trabajo, incluido trabajo forzado, discriminación, peores formas de trabajo infantil y trabajo doméstico y terminación ilegal del empleo y proporción de víctimas que recibieron compensación adecuada.
24.4.08	<p>Indices Gini y proporción de los quintiles de ingresos más bajos/más altos o gastos de consumo (antes y después de los impuestos)</p> <p><i>Todos los indicadores deben ser desagregados con base en los campos de prohibición de la discriminación, como se aplica y refleja en las metatallas</i></p>	

Lista de indicadores ilustrativos sobre el derecho a la libertad de opinión y expresión (DUDH, Art. 19) (*Indicadores relacionados con MIDM)		Deberes y especiales y responsabilidades
Libertad de opinión y para distribuir información		Acceso a información
Estructurales	<ul style="list-style-type: none"> • Tratados internacionales de derechos humanos relevantes al derecho a la libertad de opinión y expresión, (DOyE), ratificados por el Estado. • Fecha de entrada en vigor y cobertura del DOyE en la Constitución u otras formas de legislación superior. • Fecha de entrada en vigor y cobertura de leyes nacionales para implementar DOyE, incluida disponibilidad de revisión judicial de cualquier decisión tomada por el Estado para restringir DOyE. • Número de organizaciones no gubernamentales registradas y/o activas (por 100.000 habitantes) involucradas en la promoción y protección del DOyE. • Fecha de entrada en vigor y cobertura del código de conducta/ética para periodistas y otros integrantes de los medios. • Fecha de entrada en vigor y cobertura de leyes nacionales para la protección de libertad de los medios, incluida despenalización de calumnia, difamación o injuria. • Fecha de entrada en vigor y cobertura de leyes nacionales para la protección y seguridad de periodistas y otros integrantes de medios, incluida protección contra divulgación de fuentes. • Fecha de entrada en vigor y cobertura de leyes nacionales para igual oportunidad de acceso a concesiones radiales y frecuencias de transmisión por TV. • Plazo y cobertura de políticas nacionales sobre educación para todos, incluidas disposiciones para medidas especiales temporales para grupos objetivo, currículos de derechos humanos y "aprendizaje activo". 	<ul style="list-style-type: none"> • Fecha de entrada en vigor y cobertura de legislación nacional que prohíba la propaganda de la guerra. • Fecha de entrada en vigor y cobertura de leyes nacionales que prohíban el odio racial, religioso o sexista que constituya incitación de discriminación, hostilidad o violencia.
De proceso	<ul style="list-style-type: none"> • Proporción de quejas recibidas sobre DOyE investigadas y calificadas por la institución nacional de derechos humanos, defensor de derechos humanos u otros mecanismos y la proporción de respuestas atendidas por el gobierno. • Proporción de comunicaciones enviadas por los Relatores Especiales de las NNUU (ej: Relator Especial sobre promoción y protección de DOyE), respondidas efectivamente por el gobierno. • Número de periódicos, revistas, estaciones de radio, canales de TV, sitios de Internet por propiedad (pública o privada) y cifras de audiencia. • Número de fusiones o adquisiciones de empresas de medios investigadas, sentenciadas y rechazadas por una comisión de competencia independiente durante el periodo del informe. • Número de periódicos, artículos, sitios de Internet y otros canales de medios cerrados o censurados por las autoridades reguladoras. • Proporción de quejas presentadas por periodistas u otras personas de medios investigadas, sentenciadas y aprobadas judicialmente o por otros mecanismos competentes. • Número de media de grupos étnicos, lingüísticos, minoritarios y religiosos reconocidos o que reciben ayuda oficial. • Proporción de solicitudes para sostener manifestaciones aceptadas por autoridades administrativas. • Proporción de colegios/escuelas que se ocupan en actividades de "aprendizaje activo", dando a los niños la oportunidad de expresarse libremente. 	<ul style="list-style-type: none"> • Fecha de entrada en vigor y cobertura de normas sobre acceso a la información. • Fecha de establecimiento de un mecanismo de monitoreo independiente (ej: Comisionado de Información) • Fecha de entrada en vigor y cobertura de legislación estadística para proteger la independencia y la calidad de estadísticas oficiales. • Plazo y cubrimiento de política nacional para estimular el acceso a tecnología de la información.
De resultado	<ul style="list-style-type: none"> • Proporción de quejas recibidas sobre DOyE investigadas y calificadas por la institución nacional de derechos humanos, defensor de derechos humanos u otros mecanismos y la proporción de respuestas atendidas por el gobierno. • Número de periódicos, revistas, estaciones de radio, canales de TV, sitios de Internet por propiedad (pública o privada) y cifras de audiencia. • Número de fusiones o adquisiciones de empresas de medios investigadas, sentenciadas y rechazadas por una comisión de competencia independiente durante el periodo del informe. • Número de periódicos, artículos, sitios de Internet y otros canales de medios cerrados o censurados por las autoridades reguladoras. • Proporción de quejas presentadas por periodistas u otras personas de medios investigadas, sentenciadas y aprobadas judicialmente o por otros mecanismos competentes. • Número de media de grupos étnicos, lingüísticos, minoritarios y religiosos reconocidos o que reciben ayuda oficial. • Proporción de solicitudes para sostener manifestaciones aceptadas por autoridades administrativas. • Proporción de colegios/escuelas que se ocupan en actividades de "aprendizaje activo", dando a los niños la oportunidad de expresarse libremente. 	<ul style="list-style-type: none"> • Proporción de acciones judiciales sobre supuesta calumnia, difamación e injuria investigadas y que resulten en condena. • Proporción de acciones judiciales contra propaganda de guerra investigadas y que resulten en condena. • Proporción de acciones (cuasi) judiciales contra la propagación de odio racial, religioso o sexista investigadas y que resulten en condena
24.4.08	<p><i>Todos los indicadores deben ser desagregados por bases prohibidas de discriminación como hojas de metas aplicables y reflejadas</i></p>	

Anexo III: Ejemplo de 'fichas de metadatos'

Indicadores estructurales

1. Tratados internacionales sobre derechos humanos, relevantes para el derecho a la vida, ratificados por el Estado (véase tabla sobre el derecho a la vida)
2. Marco temporal y cobertura de la política nacional sobre salud materna y reproductiva (véase tabla sobre el derecho a la salud)
3. Fecha de entrada en vigor y cobertura del derecho a la educación en la Constitución u otras formas de legislación superior (véase tabla sobre el derecho a la educación)
4. Cuota, margen de tiempo y cobertura de acción afirmativa en los órganos legislativo y ejecutivo a nivel nacional y local (véase tabla sobre el derecho a participar en los asuntos públicos)

Indicadores de proceso

5. Proporción de las comunicaciones (casos individuales) transmitidas por el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas respondidas efectivamente (aclaradas) por el gobierno en el periodo del informe (véase tabla sobre el derecho a la vida)
6. Proporción de nacimientos atendidos por personal de salud calificado (véase tabla sobre el derecho a la salud)
7. Proporción de denuncias recibidas sobre el derecho a no ser sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, investigadas o adjudicadas por la institución nacional de derechos humanos, el defensor de los derechos humanos y otros mecanismos y la proporción respondida efectivamente por el gobierno en el periodo del informe (véase tabla sobre el derecho a no ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes)
8. Proporción de población objetivo cubierta por programas públicos de suplemento de la nutrición (véase tabla sobre el derecho a una alimentación adecuada)
9. Razón de estudiantes respecto al personal docente en primaria y secundaria, instituciones de educación públicas y privadas (véase tabla sobre el derecho a la educación)

Indicadores de resultados

10. Casos informados de detención arbitraria, incluidas detenciones posteriores al juicio en el periodo del informe (véase tabla sobre el derecho a la libertad y seguridad de la persona y el derecho a un juicio justo)
11. Proporción de la población por debajo del nivel mínimo de consumo de energía dietario (véase tabla sobre el derecho a una alimentación adecuada)
12. Casos reportados de “desalojamientos forzados” en el periodo del informe (véase tabla sobre el derecho a una vivienda adecuada)
13. Índices de condenas para acusados indigentes con representación legal gratuita como una proporción de los índices de condenas para acusados con abogados de su propia elección (véase tabla sobre el derecho a un juicio justo)

14. Tasas de mortalidad infantil (véase tablas sobre el derecho a la salud, el derecho a una alimentación adecuada y el derecho a la vida)

Indicador 1	Tratados Internacionales sobre derechos humanos, relevantes para el derecho a la vida, ratificados por el Estado (véase indicadores estructurales en la tabla sobre el derecho a la vida)
Definición	Proporción de tratados internacionales y regionales de derechos humanos, con referencia directa y/o relevancia para la realización del derecho a la vida, que han sido ratificados por el Estado. ‘Tratados Internacionales de derechos humanos’ se usa como una expresión genérica que incluye todos los instrumentos obligatorios bajo la ley internacional de derechos humanos, sin considerar su denominación formal (por ejemplo, Pacto, Convención o Protocolo Opcional). La referencia al ‘derecho a la vida’ sigue básicamente la formulación usada en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y su ampliación en el Comentario General No. 6 del Comité de Derechos Humanos.
Fundamento	La ratificación de un tratado internacional de derechos humanos refleja una aceptación cierta de las normas correspondientes de derechos humanos por parte de un Estado y da una indicación, principalmente a nivel internacional, del compromiso de un Estado para emprender los pasos que ayudan a la realización de esos derechos. Cuando el Estado ha ratificado un tratado, asume una obligación legal a respetar, proteger y cumplir a cabalidad las normas de derechos humanos reflejadas en ese tratado. El indicador es un <i>indicador estructural</i> que captura el ‘compromiso’ de un Estado de implementar sus obligaciones de derechos humanos.
Método de cálculo	El indicador se calcula como una razón del número real de tratados ratificados por el Estado respecto a la lista de tratados de referencia. Una lista de referencia de tratados internacionales básicos de derechos humanos, que incluyen Protocolos Opcionales, adoptados y abiertos a la ratificación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas está disponible en http://www2.acnudh.org/english/law/index.htm#instruments .
Fuente y recopilación de datos	Las principal fuente de datos sobre el indicador es los registros administrativos en la autoridad depositaria, es decir la Oficina de Asuntos Legales de las Naciones Unidas (véase http://untreaty.un.org/ola/). El sitio web del ACNUDH también presenta esta información y la actualiza periódicamente.
Periodicidad	La base de datos del indicador se revisa periódicamente la información a la que se puede acceder sobre una base continua.
Desagregación	La desagregación de información no es aplicable para este indicador.
Comentarios y limitaciones	<p>El derecho a la vida encuentra su reconocimiento más general en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho inherente de cada persona a la vida, agregando que este derecho "deberá ser protegido por ley" y que "nadie será privado arbitrariamente de la vida". El derecho a la vida de personas menores de 18 años de edad y la obligación de los Estados de garantizar el disfrute de este derecho hasta el máximo alcance posible son reconocidos específicamente en el artículo 6 de la Convención de los Derechos del Niño. DUDH, artículo 3, ICESCR, artículo 12(2-a), CIEFDR, artículo 5, ICRMW, artículo 9, CEDAW, artículo 12 y CRPD artículo 10 son otros ejemplos de disposiciones relevantes para el derecho a la vida y este indicador.</p> <p>El indicador brinda información sobre la aceptación por parte de un Estado de las normas internacionales de derechos humanos y su intención o compromiso para dar los pasos para realizar los derechos humanos, de conformidad con las disposiciones de los instrumentos relevantes. Sin embargo, no captura el proceso real de implementación o los resultados del mismo.</p>

La ratificación constituye un acto mediante el cual un Estado establece su consentimiento para quedar obligado legalmente por los términos de un tratado en particular. A nivel internacional, se requiere depositar un “instrumento de ratificación o ingreso” formal ante la autoridad depositaria. A nivel nacional, la ratificación puede requerir que un Estado dé ciertos pasos de acuerdo con sus disposiciones constitucionales, antes de que consienta estar obligado internacionalmente por las disposiciones del tratado. El proceso para ratificar un tratado normalmente se inicia con la firma de un tratado por parte de un Estado, como un mecanismo de autenticación y expresión de su voluntad de continuar el proceso de ratificación del tratado. La firma califica al Estado signatario para proseguir a la ratificación. También crea una obligación de abstenerse, de buena fe, de cometer actos que anulen el objeto y el propósito del tratado. Ingreso es el término usado en situaciones donde el Estado no ha firmado el tratado de antemano, pero ha expresado directamente su consentimiento para convertirse en parte del tratado.

El indicador no refleja posibles “reservas” ingresadas por un Estado en un tratado. Una reserva es una declaración hecha por un Estado, mediante la cual se pretende excluir o modificar el efecto legal de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado. Una reserva permite que el Estado acepte un tratado multilateral como un todo al establecer la posibilidad de no aplicar ciertas disposiciones que no quiera cumplir. Las reservas las puede hacer un Estado cuando se firma, ratifica o se ingresa al tratado y de conformidad con el objetivo y propósito del tratado mismo y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.

Indicador 2	Tiempo y cobertura de la política nacional sobre salud sexual y reproductiva (véase indicadores estructurales en la tabla sobre el derecho a la salud)
Definición	El indicador se refiere a la fecha de adopción o al periodo por el cual la declaración de la política nacional sobre salud sexual y reproductiva ha entrado en vigor a nivel de país. El indicador también captura la cobertura de población o el alcance administrativo especial de la declaración de política, como en los países donde existe una división de responsabilidades entre el gobierno nacional y los gobiernos subnacional / local.
Fundamento	Una declaración de política nacional sobre un tema es un instrumento que se espera resalte los objetivos de un gobierno, el marco de referencia de la política, la estrategia y/o un plan concreto de acción para tratar cuestiones bajo ese tema. Aunque suministra una indicación sobre el compromiso del gobierno para tratar el tema correspondiente, también presenta puntos de referencia relevantes para exigir que el gobierno responda por sus actos de comisión u omisión relacionados con ese tema. Además, una declaración de la política es un mecanismo para traducir las obligaciones de derechos humanos de un Estado Parte en un programa de acción que se puede implementar y ayuda al logro de los derechos humanos. El indicador es un <i>indicador estructural</i> que captura el ‘compromiso de un Estado para implementar sus obligaciones de derechos humanos con respecto del atributo de ‘salud sexual y reproductiva’ del derecho a la salud.
Método de cálculo	El indicador se calcula por separado del tiempo o periodo de aplicación y de la cobertura o alcance administrativo de la política. El marco temporal y la fecha del adopción (por ejemplo, 1/1/2006) de la declaración de la política por parte de un país o el periodo en el cual la política deberá implementarse (por ejemplo, 1/1/2006 – 1/1/2010). La cobertura se calcula como una proporción de la población o unidades administrativas subnacionales cubiertas bajo el ámbito de la política nacional
Fuente y recopilación de datos	La principal fuente de datos es los registros administrativos a nivel nacional y subnacional.
Periodicidad	La base de datos del indicador normalmente se puede revisar y acceder a ella sobre una

base continua.

Desagregación	Aunque la desagregación de información en el indicador no es conceptualmente factible, una política nacional puede enfocarse en áreas, regiones o grupos poblacionales específicos, en cuyo caso puede ser deseable resaltarla.
Comentarios y limitaciones	<p>El indicador suministra información sobre el compromiso de un Estado para dar los pasos y establecer su marco de referencia de política y programa de acción, dirigido a realizar los derechos humanos de conformidad con las disposiciones de las normas de derechos humanos relevantes sobre salud sexual y reproductiva. Sin embargo, esto no captura el proceso real de implementación con los resultados del mismo.</p> <p>Para muchos países, la política nacional sobre salud sexual y reproductiva puede no ser un documento de política separado; por el contrario, bien puede de ser parte de una declaración general de política sobre salud o un plan de acción sobre derechos humanos. En consecuencia, no se puede ejercer un juicio sobre el alcance con el cual los temas de salud sexual y reproductiva, y las normas de derechos humanos relevantes sobre salud reproductiva se reflejan en la política nacional de salud o en el plan de acción sobre derechos humanos.</p> <p>En su Comentario General No. 14 (ICESCR Art. 12) sobre el derecho al nivel más alto posible de salud, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales amplía la necesidad de desarrollar una estrategia y plan de acción públicos, nacionales y amplios para tratar los temas salud de la población, incluida la salud reproductiva. Se destaca que dicha estrategia debe diseñarse, otras cosas, con base en un proceso participativo y transparente, e incluir indicadores y puntos de referencia relevantes para vigilar el derecho a la salud. El Comité señala que “Salud Reproductiva significa que mujeres y hombres tienen la libertad para decidir si y cuando reproducirse, y el derecho a estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, efectivos más disponibles aceptables, de su elección, al igual que derecho a acceder a servicios de salud adecuados que, por ejemplo, permitirán que las mujeres vivan con seguridad su embarazo y parto”. De manera similar, la Recomendación General 24 del Comité de la CEDAW 24 (1999) señala que el acceso a la salud, incluida la salud reproductiva, es un derecho básico bajo la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.</p> <p>DUDH, artículo 25, ICESCR, artículos 10(2) y 12, ICIEFDR, artículo 5(e-iv), ICRMW, artículos 28 y 43(e), CEDAW, artículos 12 y 14(2-b) y CRPD artículo 25 son ejemplos de disposiciones relevantes para el derecho a la salud.</p>
Indicador 3	Fecha de entrada en vigor y cobertura del derecho a la educación en la Constitución u otra forma de legislación superior (véase indicadores estructurales en la tabla sobre el derecho a la educación)
Definición	El indicador se refiere a la fecha en la cual las disposiciones de la Constitución u otras leyes superiores relacionadas con el derecho a la educación se vuelven exigibles. El indicador también captura la cobertura espacial o poblacional de las disposiciones relevantes relacionadas con el derecho a la educación, como los países donde existe una división de competencias legales entre el gobierno nacional y los gobiernos subnacional o locales. ‘Constitución u otra forma de legislación superior’ se refiere al sistema de leyes fundamentales que establecen las funciones y límites de la acción gubernamental y frente a la cual cualquier otra legislación de apoyo se evalúa para determinar su validez. La referencia al ‘derecho a la educación’ sigue básicamente la formulación utilizada en el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su trabajo en el Comentario General No. 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho a la educación también se desarrolla en otros tratados internacionales básicos de derechos humanos, tales como los artículos 23, 28 y 29 de la Convención de los Derechos del Niño.

Fundamento	La inclusión del derecho a la educación en la Constitución u otra forma de legislación superior refleja una cierta aceptación de este derecho por parte de un Estado y da una indicación, principalmente a nivel nacional, del compromiso de un Estado para proteger e implementar este derecho. Cuando el Estado ha incluido un derecho en su Constitución u otra forma de legislación superior, también asume una obligación legal para garantizar que la otra legislación (legislación nacional y sub-nacional) esté conforme y no sea contradictoria con el derecho. El indicador es un <i>indicador estructural</i> que captura el ‘compromiso’ de un Estado para implementar sus obligaciones de derechos humanos con respecto al derecho a la educación.
Método de cálculo	El indicador se calcula por separado para la fecha de entrada en vigor y la cobertura o el alcance administrativo de la ley. La fecha de entrada en vigor es la fecha en la cual la ley o la disposición se vuelve exigible. La cobertura se calcula como una proporción de la población o unidades administrativas sub-nacionales cubiertas bajo la ley. La información en la fecha de entrada en vigor se suministrará con un enlace directo y exacto a las disposiciones relevantes.
Fuente y recopilación de datos	La principal fuente de datos del indicador es los registros legales del Estado.
Periodicidad	Los datos del indicador pueden revisarse normalmente y se accede a ellos sobre una base continua.
Desagregación	La desagregación de información no es aplicable para este indicador; sin embargo, las disposiciones en la Constitución u otra legislación superior pueden tener referencia particular a la protección del derecho a la educación para ciertos grupos (por ejemplo minorías o niñas), en cuyo caso puede ser deseable destacarlo.
Comentarios y limitaciones	<p>Este indicador suministra información sobre alcance con el cual un Estado protege el derecho a la educación en su Constitución o legislación superior, demostrando su aceptación de los estándares internacionales de derechos humanos y su intención o compromiso de proteger legalmente este derecho. Sin embargo, no captura el alcance con el cual la protección legal del derecho a la educación en la Constitución o legislación superior se implementa y se mantiene a otros niveles del sistema legal, ni cuán amplia o estrechamente se aplica el derecho, o el grado con el cual el derecho puede ser exigido y por quién. Este indicador no captura el proceso real de la implementación o los resultados de la misma.</p> <p>Este indicador podría ser difícil de evaluar si el derecho a la educación no está articulado explícitamente en la Constitución o en la legislación superior. Además, la disposición para el derecho a la educación en la Constitución no necesariamente significa que el derecho está siendo protegido por la ley (por ejemplo, interpretaciones judiciales adicionales pueden haber dejado sin significado la protección constitucional). Del mismo modo, una falta de protección constitucional puede llevar a creer que no existe reconocimiento del derecho, cuando ese puede no ser el caso. Por ejemplo, en algunos países existen solamente algunos derechos escritos en la Constitución o en la legislación superior, y se deja a la rama judicial interpretar los derechos como implícitos. En esta instancia, una lectura simple de las disposiciones puede llevar a una conclusión inexacta sobre la obligatoriedad y cobertura del derecho correspondiente. En tales casos, una lectura correcta requiere un análisis detallado de la jurisprudencia relevante/el derecho casuístico o las decisiones administrativas.</p> <p>DUDH, artículo 26, ICESCR, artículos 13 y 14, ICERD, artículo 5 (e-v), ICRMW, artículos 30 y 43 (a-c), CRC, artículos 23, 28 y 29, CEDAW, artículos 10 y 14(2-d), y CRPD, artículo 24 son ejemplos de las disposiciones relacionadas con el derecho a la educación y este indicador.</p>

Indicador 4	Cuota, plazo y cobertura de medidas temporales y especiales, si las hay, para grupos objetivos en órganos legislativos y ejecutivos a niveles nacional y local (véase indicadores estructurales en la tabla sobre el derecho a participar en asuntos públicos)
Definición	<p>El indicador se expresa como un valor numérico que refleja la reserva de una determinada proporción del total de votantes o cargos para nombrar, contratar o ascender a miembros de grupos poblacionales identificados. Se refiere a pasos concretos que los gobiernos y/u órganos legislativos puede haber tomado para formalizar medidas temporales y especiales, llamadas también en ocasiones “acciones afirmativas o positivas” o “discriminaciones positivas o inversas”, para promover y proteger el acceso seguro al empleo o a cargos públicos para los grupos poblacionales identificados social, económica o políticamente marginados (objetivo no dominante). Habitualmente, las medidas especiales están dirigidas a mejorar la participación/representación de la mujer, minorías religiosas y lingüísticas y grupos étnicos en órganos legislativos y de servicio público.</p> <p>El tiempo se refiere el periodo de aplicación de medidas especiales; en otras palabras, la fecha de adopción o el período para el cual las medidas se han puesto en vigor a nivel del país. El indicador también captura el alcance administrativo espacial o la cobertura de la población de la cuota ley/política, como en los países en donde existe una división de las responsabilidades entre los gobiernos nacional y sub-nacional.</p>
Fundamento	Se toman medidas especiales en casos adecuados para garantizar que exista un acceso igual o por lo menos justo al servicio público para todos los ciudadanos. El uso de la cuota a menudo significa corregir la exclusión social e injusticias históricas que ciertos grupos poblacionales pueden haber sufrido con el paso del tiempo, dejándolos de ese modo en una situación de desventaja frente a los demás, para competir por el empleo o la participación en procesos políticos a nivel de país. Como un <i>indicador estructural</i> , refleja un compromiso del Estado para apoyar los derechos establecidos, por ejemplo, en el artículo 25(c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de que “todos los ciudadanos tendrán el derecho y la oportunidad, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2 para tomar parte en la conducción de asuntos públicos”.
Método de cálculo	Este indicador es un valor numérico equivalente al nivel predominante de la cuota cumplida en los servicios públicos del país o de la legislatura en un punto dado del tiempo. El plazo se calcula en la fecha de adopción (que es día/mes/año) o el periodo (que es el número de días/meses/años) en el cual la medida especial ha entrado en vigor a nivel nacional, sub-nacional o local. La cobertura se calcula como una proporción de la población o de las unidades administrativas sub-nacionales cubierta bajo la legislación de la cuota o la política de cuotas del gobierno.
Fuente y recopilación de datos	<p>La principal fuente de datos sobre el indicador es las entidades legislativas y administrativas nacionales o sub-nacionales correspondientes, responsables por la implementación de la política y legislación de la cuota.</p> <p>A nivel internacional, ciertas organizaciones recopilan datos a nivel del país, relevantes para este indicador. Por ejemplo, el International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA) en http://www.quotaproject.org/ suministra información sobre las cuotas para mujeres en las ramas ejecutiva y legislativa del gobierno y entre los partidos políticos.</p>
Periodicidad	Los datos del indicador generalmente están disponibles para el dominio público y se pueden revisar y acceder a ellos sobre una base continua.
Desagregación	Por definición, el indicador se interpreta al nivel deseado de desagregación, sea por sexo, etnia u otros grupos objetivo.
Comentarios y	La motivación para medidas especiales surge de la necesidad de reparar el efecto

limitaciones acumulado de la discriminación del pasado sobre ciertos grupos de la población y estimular a las instituciones políticas para ser más incluyentes y representativas de la población. Como una herramienta legal o medida de política, busca garantizar una representación justa de la población en posiciones de poder y de toma de decisiones, y ayuda a fortalecer la legitimidad y aceptación de instituciones públicas clave.

Este indicador refleja un compromiso del Estado para brindar igualdad de oportunidades, en particular para grupos de población minoritarios y en desventaja. Sin embargo, no captura el proceso real de implementación o los resultados deseados que se pretenden con la medida. Los datos estadísticos relacionados con la situación de poblaciones objetivo, por ejemplo, datos estadísticos desagregados por sexo, deben suministrarse para medir el alcance del progreso hacia la igualdad sustantiva o de facto de la mujer y la efectividad de las medidas especiales.

ICCPR, art. 25, CIEFDR, art. 5-c (“derecho a participar en asuntos públicos”), CEDAW, art. 4 (“medidas temporales especiales”), art. 7 (“vida política y pública”) y art. 8 (“participación en órganos inter- y gubernamentales”) son ejemplos de referencias en la legislación internacional de derechos humanos con respecto a este indicador.

El Comité de Derechos Humanos reconoce medidas especiales en su Comentario General No. 4, para. 2 (1981) y No. 18, para. 10 (1989). Este Comité también reconoce el “derecho y la oportunidad de los ciudadanos a tener acceso en términos generales de igualdad a posiciones en el servicio público” y reitera que “se pueden tomar medidas afirmativas en casos adecuados para garantizar que exista igualdad de acceso al servicio público para todos los ciudadanos” (Comentario General No. 25, 1996). La Recomendación General No. 25 del Comité sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer amplía el significado y alcance de “medidas especiales temporales” como se indica en la CEDAW.

Indicador 5 **Proporción de comunicaciones (casos individuales) transmitidas por el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias respondidas efectivamente (aclaradas) por el Gobierno** (véase tabla sobre el derecho a la vida)

Definición El indicador se refiere a la proporción de casos individuales o emitidos por el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias de las Naciones Unidas (WGEID por sus siglas en inglés de *Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*) durante el periodo de referencia, para el cual la aclaración suministrada por el Gobierno, basada en sus investigaciones e información, claramente establece el paradero de la persona desaparecida en la consideración del WGEID.

Fundamento El indicador captura el alcance que se requiere en el esfuerzo de un Estado para respetar y proteger el derecho a la vida, de conformidad con el artículo 6 del ICCPR y su ampliación en el Comentario General no. 6 del Comité de Derechos Humanos, y la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Es un *indicador de proceso* relacionado con el atributo ‘desapariciones de personas’ del derecho a la vida, que refleja la voluntad y algunos de los pasos que debe dar un Estado para cumplir con su obligación de realizar el derecho.

Método de cálculo El indicador se calcula como la razón del número de casos individuales de desapariciones aclaradas por el Gobierno, respecto al número total de casos transmitidos por el WGEID, bajo procedimientos de acción normal y urgente, durante el periodo de referencia.

Los casos reportados de desapariciones de personas perdidas ante el WGEID, cuando se consideran admisibles, se transmiten para aclaración ante el Gobierno(s) correspondiente. Cualquier aclaración del Gobierno(s) sobre el destino y paradero de

personas desaparecidas se transmite a la fuente que informó los casos ante el WGEID. Si la fuente no responde al cabo de seis meses de la transmisión de la respuesta del Gobierno, o si refuta la respuesta del Gobierno basándose en motivos que el WGEID considera irrazonables, el caso se considera aclarado y en consecuencia se incluye en el resumen estadístico del informe anual del WGEID. Si la fuente refuta la información del Gobierno con fundamentos razonables, se informa al Gobierno y se le invita a hacer comentarios.

Fuente y recopilación de datos	La principal fuente de datos es los registros administrativos del WGEID de la ONU y sus informes ante el Consejo de Derechos Humanos.
Periodicidad	El indicador se publica anualmente en el informe del WGEID ante el Consejo de Derechos Humanos.
Desagregación	Para tener pleno significado, los datos en el indicador se deben desagregar por sexo, edad, fechas y lugares de la desaparición, estado de indigencia y embarazo de la persona informada como desaparecida, si es aplicable. Los datos deben estar disponibles por tipos de comunicación (procedimientos de acción urgente o normal), fuente de aclaración (gobierno o fuentes no gubernamentales), y estatus de las personas en la fecha de la aclaración (en libertad, en detención o muertos). Sin embargo, la disponibilidad de datos desagregados dependerá de la calidad de la información sobre las personas desaparecidas entregada ante el WGEID.
Comentarios y limitaciones	El indicador suministra información solamente los pasos iniciales que da un Estado para manejar su obligación de respetar y proteger el derecho a la vida. La fuente básica de información para este indicador procede de datos basados en eventos sobre violaciones a los derechos humanos. Dichos datos pueden subestimar (o, en ocasiones, aunque raras veces, incluso sobreestimar) la incidencia de las desapariciones forzadas, si se utiliza de una manera casual para sacar conclusiones generalizadas para el país como un todo. Además, en la mayoría de instancias, el número de casos reportados ante el WGEID de la ONU dependerá del conocimiento, acceso a la información, motivación y perseverancia de la familia y amigos de la persona perdida o de las organizaciones de la sociedad civil en el país respectivo.

El WGEID solamente maneja casos de personas identificadas claramente. La información entregada ante el WGEID debe contener elementos mínimos de información, como identidad de la persona desaparecida; fecha en la cual ocurrió la desaparición (al menos el mes y el año); sitio del arresto o el rapto, o dónde fue vista por última vez la persona desaparecida; las fuerzas (del Estado o apoyadas por el Estado) a las que se cree responsables de la desaparición. Además, el Grupo de Trabajo no maneja situaciones de conflicto armado internacional

El artículo 2 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas establece: "Desaparición forzada se considera el arresto, detención, rapto o cualquier otra forma de privación de la libertad por agentes del Estado, por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida por una negativa a reconocer la privación de la libertad o por el encubrimiento del paradero de la persona desaparecida, lo cual pone a la persona fuera de la protección de la ley". Cuando la desaparición forzada "se comete como parte de un ataque sistemático o amplio dirigido contra cualquier población civil, con conocimiento del ataque" se ha definido como un crimen de lesa humanidad en el artículo 7 (1) (i) del estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Al transmitir los casos de desaparición, el WGEID trata exclusivamente con los Gobiernos, basándose en el principio de que los Gobiernos deben asumir la responsabilidad por cualquier violación de los derechos humanos en su territorio. Sin embargo, en casos en que las desapariciones se han atribuido a movimientos terroristas o insurgentes que combaten al Gobierno en su propio territorio, el WGEID se ha abstenido de procesarlas. El WGEID considera que, como una cuestión de

principios, dichos grupos no pueden ser abordados con una perspectiva de investigar o aclarar desapariciones por las cuales ellos son considerados responsables.

Información adicional sobre la presentación de informes de un caso está disponible en <http://www.ACNUDH.org/english/issues/disappear/communicaci3n.htm>

Indicador 6	Proporción de nacimientos asistidos por personal médico calificado (véase indicadores de proceso en la tabla sobre el derecho a la salud)
Definición	El indicador se refiere a la proporción de nacimientos atendidos por personas capacitadas para brindar la supervisión, cuidado y atención necesaria a mujeres durante el embarazo, el trabajo de parto y el período posparto, para atender partos por su cuenta y atender a recién nacidos.
Fundamento	La salud y bienestar de la mujer y el niño durante y después del parto depende principalmente de su acceso a los servicios para el nacimiento, la calidad de los servicios y las circunstancias reales del parto. Todos estos tienen la influencia de las políticas de salud del Estado, la prestación pública de servicios de salud y la regulación del servicio de salud privado. De hecho, la disponibilidad del personal de salud profesional y calificado para ayudar en el nacimiento de un niño es esencial para reducir la mortalidad –tanto materna como del infante– durante y después del parto. El indicador captura los esfuerzos que hace el Estado para promover y suministrar personal de salud profesional y calificado para atender las necesidades médicas del embarazo y el nacimiento. Es un <i>indicador de proceso</i> relacionado con el atributo de ‘salud sexual y reproductiva’ del derecho a la salud.
Método de cálculo	El indicador se calcula como la razón de nacimientos atendidos por personal de salud calificado (médicos, enfermeras o parteras) respecto al número total de partos.
Fuente y recopilación de datos	Las principales fuentes de datos son los registros administrativos a nivel del país que mantienen las autoridades locales, el sistema de registro de datos de la población, los registros de los ministerios de salud y encuestas en los hogares, incluidas las Encuestas Demográficas y de Salud. La Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA por su sigla en inglés de <i>United Nations Population Fund</i>) recopilan series de datos de países con base en estas fuentes. El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF por su sigla en inglés de <i>United Nations Children's Fund</i>) también suministra series de datos de país mediante la implementación de sus Encuestas de Indicadores Múltiples por Conglomerados (MICS por su sigla en inglés de <i>Multiple Indicator Cluster Surveys</i>).
Periodicidad	En general, el indicador basado en registros administrativos está disponible anualmente, y el indicador basado en las encuestas de hogares, cada tres a cinco años.
Desagregación	La desagregación del indicador por región o áreas, por ejemplo entre áreas urbanas y rurales, es útil para evaluar disparidades en la disponibilidad de los servicios de salud. Además, los datos deben desagregarse por la edad de las mujeres (al menos para las mujeres menores de 18 años) y, cuando sea aplicable, mediante grupos demográficos relevantes (por ejemplo, grupos étnicos, minorías, indígenas y migrantes) y estatus socio-económico (quintiles por ingresos o gastos de consumo).
Comentarios y limitaciones	Personal de salud calificado incluye solamente a quienes tienen capacitación adecuada y cuentan con equipo y medicamentos apropiados. Las parteras tradicionales, incluso si han recibido un curso de capacitación breve, no están incluidas. La CEDAW, en su Recomendación General No. 24 (1999), solicita a los Estados informar acerca del “suministro de servicios gratuitos cuando es necesario para garantizar embarazos, nacimientos y periodos posparto seguros para las mujeres.

Muchas mujeres están en riesgo de morir o quedar discapacitadas por causas relacionadas con el embarazo debido a que carecen de los recursos para obtener o acceder a los servicios necesarios, los cuales incluyen servicios prenatales, de maternidad y postnatales. El Comité señala que es obligación de los Estados Partes garantizar el derecho de las mujeres a una maternidad segura y servicios obstétricos de emergencia, y deben asignar a estos servicios el máximo alcance de los recursos disponibles". El CESCR, en su Comentario General No. 5 (1994) sobre personas con discapacidad, señala que "las mujeres con discapacidad también tienen el derecho a la protección y apoyo en relación con la maternidad y el embarazo".

DUDH, artículo 25, ICESCR, artículos 10(2) y 12, ICIEFDR, artículo 5(e-iv), ICRMW, artículos 28 y 43(e), CEDAW, artículos 12 y 14(2-b) y CRPD artículo 25 son ejemplos de disposiciones relevantes para el derecho a la salud.

Este es un indicador de las Metas de Desarrollo del Milenio.

Indicador 7	Proporción de denuncias recibidas sobre el derecho a no ser sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes investigadas o adjudicadas por la institución nacional de derechos humanos, el defensor de los derechos humanos y otros mecanismos, y la proporción que respondió efectivamente el Gobierno en el periodo del informe (véase indicadores de proceso en la tabla sobre el derecho a no ser sometido a torturas ni tratos o penas crueles inhumanos o degradantes)
Definición	El indicador se refiere a la proporción de denuncias individuales recibidas sobre el derecho a no ser sometido a tortura ni otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que fueron investigadas o adjudicadas por la institución nacional de derechos humanos, el defensor de los derechos humanos y/u otros mecanismos independientes oficialmente reconocidos durante el periodo del informe. Cuando el mecanismo transmite las denuncias al gobierno o se comunica con respecto a las denuncias, el indicador incluye la proporción de dichas transmisiones o comunicaciones que han recibido una respuesta efectiva del gobierno. Una guía útil sobre lo que se deberá incluir en una denuncia puede encontrarse en el sitio web del ACNUDH, principalmente en el formato modelo de denuncia para comunicaciones ante el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.
Fundamento	El indicador captura el alcance requerido del esfuerzo del Estado para respetar, proteger o cumplir a cabalidad el derecho a no ser sometido a tortura ni otros tratos o penas crueles, inhumanos o denigrantes, de conformidad con el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las disposiciones de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes y las disposiciones de otras leyes internacionales. Los Estados Partes deben garantizar que las personas tengan acceso a alivios efectivos para vindicar su derecho. Los Estados Partes deben hacer la reparación adecuada, tomar medidas internas provisionales según sea necesario, al igual que medidas para prevenir una repetición de las violaciones del derecho, y garantizar que los responsables sean llevados ante la justicia (Comité de Derechos Humanos, Comentario general 31, CCPR/C//Rev.1/Add.13). Es un <i>indicador de proceso</i> que refleja la voluntad del Estado para tomar medidas hacia la realización del derecho.
Método de cálculo	El número de denuncias se calcula como la suma de denuncias individuales sobre el derecho a no ser sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o denigrantes, recibidos por todos los órganos independientes relevantes a nivel nacional. La proporción investigada o adjudicada se calcula como la razón del número de denuncias recibidas durante el periodo del informe que fueron investigadas o adjudicadas, respecto al número total de denuncias recibidas. La proporción que haya respondido efectivamente el gobierno se calcula como la razón del número de

	denuncias ante las cuales el gobierno dio una respuesta efectiva respecto al número total de denuncias comunicadas al gobierno durante el periodo de referencia.
Fuente y recopilación de datos	Las principales fuentes de datos son los registros administrativos conservados por la institución nacional de derechos humanos, el defensor de los derechos humanos y otros mecanismos.
Periodicidad	Normalmente, la información se recopila y publica anualmente.
Desagregación	<p>Para permitir la detección del patrón de abuso contra grupos particulares o en áreas particulares, el indicador debe desagregarse por regiones y las características de la víctima supuesta (sexo, edad, filiación étnica/racial/nacional/religiosa/política, discapacidad, orientación sexual, profesión, si está o no detenido en el momento del abuso supuesto). De manera similar, el indicador deberá desagregarse si se supone que el abuso ha sido cometido por un agente del Estado, con la complicidad /tolerancia/ aquiescencia de un agente del Estado, o por una persona o personas particulares.</p> <p>Para tener una evaluación general de la efectividad de los procedimientos de investigación y adjudicación, los datos relacionados con este indicador deberán desagregarse por el resultado final del procedimiento.</p>
Comentarios y limitaciones	<p>Cuando hay una comunicación con un gobierno, el indicador requiere un juicio de lo que constituye una respuesta “efectiva”. Aunque una negación oficial sin evidencia o investigación que sustente los hechos supuestos no satisfará el criterio de efectividad, la aplicación precisa del criterio puede variar de un caso a otro. Una evaluación de la efectividad de la respuesta la realiza mejor la institución nacional de derechos humanos, el defensor de los derechos humanos u otro mecanismo de una manera transparente, y puede involucrar consideraciones como oportunidad y amplitud de la respuesta, su adecuación para responder a preguntas específicas planteadas o sugerencias de acción, al igual que la efectividad de la acción iniciada por el gobierno, la cual puede incluir investigación, liberación o cambios en el trato de una persona detenida o prisionera, pago de compensación, modificación de la legislación, etc.</p> <p>La fuente básica de información para este indicador procede de los <i>datos basados en eventos sobre violaciones a los derechos humanos</i>. Dichos datos pueden subestimar (o en ocasiones, aunque raras veces, incluso sobreestimar) la incidencia de la tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, si se utiliza de una manera casual, para sacar conclusiones generalizadas para el país como un todo. Además, en la mayoría de instancias, el número de casos informados ante órganos independientes depende del conocimiento, acceso a la información, motivación y perseverancia de la víctima supuesta o potencial, su familia y amigos, o las organizaciones de la sociedad civil en el país respectivo.</p> <p>El Comité de Derechos Humanos, en su Comentario General No. 20 (1992) establece, en su párrafo 14, que “el derecho a presentar una denuncia por maltratos, prohibidos por el artículo 7 debe ser reconocido en la ley nacional. Las denuncias deben investigarse pronta e imparcialmente a través de las autoridades competentes, de manera que el alivio sea efectivo. Los informes de los Estados Partes deben brindar información específica sobre los alivios disponibles para las víctimas de maltrato y el procedimiento que se debe seguir con las denuncias, y las estadísticas sobre el número de denuncias y cómo se han manejado”.</p> <p>DUDH, artículo 5, CAT, artículos 1-16, ICERD, artículo 5(b), ICRMW, artículos 10 y 11, CEDAW, artículos 2 y 16, CRPD artículo 15 y CRC artículos 37 y 39, son ejemplos de disposiciones relevantes para el derecho a no ser sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.</p> <p>Cuestionarios modelo para denuncias están disponibles en el sitio web del ACNUDH en http://www2.ACNUDH.org/english/bodies/pregunta.htm.</p>

Indicador 8	Proporción de la población objetivo cubierta bajo programas públicos de suplemento de la nutrición
Definición	Este indicador se refiere a la proporción de la población objetivo (por ejemplo, niños, mujeres embarazadas, ancianos) por debajo del nivel mínimo de consumo dietario diario, que están cubiertos por programas públicos de suplemento de la nutrición, dirigidos a suministrar nutrientes esenciales, tratar las deficiencias de vitaminas y suministrar micronutrientes que aumenten el valor nutricional de los alimentos, durante el periodo especificado.
Fundamento	La nutrición es uno de los elementos importantes de la ingesta alimentaria que afecta la salud y el bienestar de las personas. Una persona es vulnerable a las enfermedades y el deterioro de su salud general, si no tiene los medios para una ingesta nutricional adecuada, vitaminas esenciales y micronutrientes, sobre una base regular. Al Estado se le exige intervenir mediante el uso de programas y medidas de política apropiados (ICESCR, art. 11, Comentario General 12) para crear cuotas de suplemento de la nutrición, específicamente para los segmentos de la población con bajos niveles de nutrición. El indicador captura los esfuerzos hechos por el Estado para promover e implementar programas de suplemento de la nutrición entre los grupos de la población objetivo. Es un <i>indicador de proceso</i> que se relaciona con el atributo 'nutrición' del derecho a una alimentación adecuada.
Método de cálculo	El indicador se calcula como una razón de las personas objetivo desnutridas cubiertas por los programas de suplemento de la nutrición respecto al número total de la población objetivo.
Fuente y recopilación de datos	Las principales fuentes de datos a nivel de país son los registros administrativos nacionales, especialmente los registros de la agencia administradora responsable de la implementación del programa y las agencias de estadísticas responsables de conducir las encuestas nacionales de hogares sobre consumo de alimentos. La Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) suministra series de datos a nivel de país sobre la proporción de la población por debajo del nivel mínimo del consumo dietario diario.
Periodicidad	En general, el indicador basado en registros administrativos está disponible anualmente. Sin embargo, en algunos países que se basan exclusivamente en datos de encuestas para la información de este indicador, puede estar disponible en un intervalo de 3 a 5 años.
Desagregación	La desagregación del indicador por región o áreas, por ejemplo entre áreas urbanas y rurales, es útil para evaluar disparidades en la ingesta nutricional a través de diferentes regiones. Además, los datos deben desagregarse por sexo y edad (al menos para los niños y las personas jóvenes menores de 18 años) y, cuando es aplicable, por grupos demográficos relevantes (grupos étnicos, minorías, indígenas, migrantes, personas con discapacidad) y el estrato socioeconómico (quintiles de ingresos o gastos de consumo).
Comentarios y limitaciones	El indicador suministra información sobre los pasos que va a dar el Estado para cumplir con su obligación de implementar el derecho a una alimentación adecuada de su población, específicamente para los segmentos con bajos niveles de nutrición. El indicador es una buena medida de primer nivel del proceso necesario para respaldar la realización del derecho a una alimentación adecuada. Sin embargo, en su forma genérica no refleja el contenido y la calidad de la nutrición suministrada bajo los programas y los resultados de implementarlos. Dependiendo del contexto del país, puede ser deseable definir el indicador con más precisión para concentrarse en tipos específicos de deficiencias nutricionales y para grupos específicos de la población sobre una base no discriminatoria. Al mismo tiempo, tiene que utilizarse con indicadores de resultado relevantes que puedan rastrear el impacto de los programas de suplemento de la nutrición indicados, sobre el estado nutricional de la población.

En su Comentario General No.12 (ICESCR Art.11) sobre el derecho a una alimentación adecuada, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) observa que aunque los problemas de hambre y desnutrición con frecuencia son particularmente agudos en los países en desarrollo, la desnutrición, la subnutrición y otros problemas relacionados con el derecho a una alimentación adecuada y el derecho a no tener hambre, también existen en algunos de los países más desarrollados. De hecho, el problema de hambre y desnutrición puede no deberse a la falta de alimentos sino a la falta de *acceso a* los alimentos disponibles, lo que hace necesario que el Estado dé todos los pasos, incluida la implementación de programas de suplemento de la nutrición, para aquellos que no pueden sufragar y/o no tienen acceso a una alimentación nutricionalmente balanceada. La CEDAW, en su Recomendación General 24 (1999) sobre mujeres y salud, reconoce que los Estados deben tomar medidas para facilitar el acceso físico y económico a los recursos productivos, especialmente para las mujeres del campo y garantizar de otro modo que las necesidades nutricionales especiales de todas las mujeres dentro de su jurisdicción sean satisfechas.

DUDH, art. 25, ICESCR, art. 11, ICIEFDR, art. 5(e), CEDAW, art. 2 y 14(2-h), CRC, art. 27(3) y CRPD, art. 28(1) son ejemplos de disposiciones relevantes para el derecho a una alimentación adecuada.

Indicador 9	Razón de estudiantes respecto al personal docente en instituciones de educación primaria y secundaria, públicas y privadas (véase indicadores de proceso en la tabla sobre el derecho a la educación)
Definición	La razón de los estudiantes respecto al personal docente o la razón estudiante-maestro es el número promedio de alumnos por maestro en el nivel de educación especificado en un año escolar dado, con base en el número de estudiantes y profesores. Los profesores o el personal docente incluyen el número de personas empleadas de tiempo completo o tiempo parcial en un cargo oficial para guiar y dirigir la experiencia de aprendizaje de los estudiantes, sin considerar sus calificaciones ni el mecanismo de enseñanza; es decir, frente a frente y/o a distancia. Esto excluye al personal educativo que no tiene obligaciones de enseñanza activas (por ejemplo rectores, rectoras o directores, quienes no dictan clases) y las personas que trabajan ocasionalmente o en un cargo voluntario.
Fundamento	La razón de los estudiantes respecto al personal docente es un indicador importante de los recursos que un país destina a la educación. Con un alcance limitado, el indicador también puede interpretarse como el reflejo de un aspecto cualitativo de la infraestructura educativa en un país. Los profesores son el recurso más importante en un entorno educativo, particularmente en los niveles de primaria y secundaria. La razón estudiante-profesor brinda una medida del acceso de los estudiantes a los maestros y, por consiguiente, refleja un elemento importante de la disposición del Estado para cumplir sus obligaciones sobre la realización del derecho a la educación. Este indicador es un <i>indicador de proceso</i> relacionado con el atributo 'currículo y recursos educativos' del derecho a la educación.
Método de cálculo	El indicador se calcula dividiendo el número de estudiantes equivalentes de tiempo completo en un nivel dado de educación, entre el número de "profesores" equivalente de tiempo completo en ese nivel y en tipos de instituciones similares, en un año escolar dado. Algunos métodos de recolección de datos incluyen el conteo de todo el personal docente, y como éste incluye a los empleados con obligaciones administrativas y a los profesores de tiempo completo y tiempo parcial, la posibilidad de comparación de estas razones puede afectarse dado que la proporción de los profesores de tiempo parcial puede variar de un país a otro.
Fuente y recopilación	La principal fuente de datos a nivel del país es los registros administrativos sobre matrículas escolares y las fortalezas del personal mantenido por las agencias públicas

de datos	<p>relevantes.</p> <p>El Instituto de Estadística de la UNESCO (UIS) recopila y suministra información a nivel nacional sobre la razón estudiante-maestro para educación primaria y secundaria, con base en los datos reportados por los ministerios de educación nacional o por las agencias nacionales de estadísticas. La información se recolecta mediante cuestionarios que se envían anualmente a los países y está disponible en el UIS con un retraso de dos años respecto al año de referencia.</p> <p>Aunque la información sobre este indicador actualmente no se coteja sobre una base desagregada para las escuelas públicas y privadas a nivel internacional, generalmente está disponible a nivel nacional y podría ser útil para informar en casos en los que se pueden presentar diferencias significativas en la calidad de la educación pública y privada en los niveles de primaria y secundaria.</p>
Periodicidad	En la mayoría de países la razón estudiante-maestro está disponible anualmente.
Desagregación	Más allá de la desagregación referida en el indicador mismo (primaria/secundaria, publica/privada) puede ser necesaria una desagregación adicional para este indicador, por ejemplo, por región o áreas. Una división en áreas rurales y urbanas es útil para evaluar posibles disparidades a través de diferentes regiones. Además, puede ser de utilidad para desagregar los datos del personal de enseñanza y los estudiantes por sexo y, cuando es aplicable, por grupos demográficos relevantes (por ejemplo, grupos étnicos, minorías, indígenas, niños inmigrantes, niños con discapacidad).
Comentarios y limitaciones	<p>Los profesores son el recurso más importante en un entorno educativo, particularmente en los niveles de primaria y secundaria. La razón estudiante-maestro brinda una medida del acceso de los estudiantes a los profesores y, por consiguiente, refleja un elemento importante de la disposición que el Estado puede tener para cumplir sus obligaciones para la realización del derecho a la educación.</p> <p>Debido a la dificultad para construir medidas directas de la calidad de la educación que se está impartiendo, este indicador también se utiliza como un mecanismo para evaluar la calidad de la educación, sobre el supuesto de que una razón menor de estudiantes a maestros significa un mejor acceso por parte de los estudiantes a los recursos de enseñanza. Una razón más baja generalmente implicaría que un maestro potencialmente presta más atención a estudiantes individuales, lo cual puede llevar a largo plazo a un mejor desempeño de los estudiantes. Pueden presentarse situaciones en las que una conclusión de esta índole no resulta verdadera debido a los aspectos de rendición de cuentas y uso ineficiente de los recursos de enseñanza. Sin embargo, una razón muy alta de estudiantes a personal docente ciertamente sugiere apoyo profesional insuficiente para el aprendizaje, particularmente para los estudiantes provenientes de hogares en condiciones de desventaja.</p> <p>“Personal docente” se refiere al personal profesional vinculado directamente en la enseñanza de los estudiantes. La clasificación incluye profesores en el aula de clase; profesores de educación especial; y otros maestros que trabajan con estudiantes como una clase completa en un salón de clases, en pequeños grupos en un aula de recursos o en un aula de clases regular interna o externa, para enseñanza personalizada. El personal docente también incluye a los directores de departamento, cuyas obligaciones implican cierto volumen de enseñanza, pero no incluyen al personal no profesional y que apoya a los maestros en la instrucción de los estudiantes, como los maestros auxiliares y demás personal para-profesional.</p> <p>El concepto de una razón de estudiantes a personal docente es diferente del tamaño de la clase. Aunque un país puede tener una razón más baja de estudiantes a personal docente que otro, esto no necesariamente significa que las clases sean más pequeñas en el primer país o que estos estudiantes reciban más enseñanza. La relación entre la razón de estudiantes a personal docente y el tamaño promedio de la clase recibe la influencia de factores como diferencias entre los países en la duración del año escolar, el número</p>

anual de horas que un estudiante asiste a clase, el tiempo anual que se espera que los maestros dediquen a la enseñanza, el agrupamiento de los estudiantes dentro de las clases y las prácticas relacionadas con el aprendizaje en equipo.

Este indicador no tiene en cuenta las diferencias en las calificaciones de los maestros, la capacitación pedagógica, las experiencias y el estatus, materiales de enseñanza ni variaciones en las condiciones del aula de clase, factores que pueden afectar la calidad de la enseñanza/aprendizaje.

DUDH, artículo 26, ICESCR, artículos 13 y 14, ICERD, artículo 5 (e-v), ICRMW, artículos 30 y 43 (a-c), CRC, artículos 23, 28 y 29, y CEDAW, artículos 10 y 14(2-d) son ejemplos de disposiciones relevantes para el derecho a la educación y este indicador.

Indicador 10	Casos informados de detención arbitraria, incluidas detenciones después del juicio
Definición	El indicador se refiere a casos individuales de privación de la libertad informados y clasificados como arbitrarios en opinión del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Detención Arbitraria (WGAD por su sigla en inglés de <i>UN Working Group on Arbitrary Detention</i>) durante el periodo de referencia. Se dice que una persona está privada de su libertad cuando está sujeta a 'detención', 'arresto', 'encarcelamiento' 'aprehensión', 'prisión', 'custodia', 'reclusión' o 'libertad condicional'.
Fundamento	El indicador contribuye a la medición del disfrute de las personas del derecho a no ser sometido a arresto o detención arbitrarios, es decir, el estatus respecto al logro del derecho la libertad y la seguridad, como se establece en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y ampliado en el Comentario General 8 del Comité de Derechos Humanos. El indicador también es relevante para evaluar la realización del derecho a un juicio justo (ICCPR, Art. 14). El indicador facilita la vigilancia de la acción del Estado para cumplir su obligación de eliminar cualquier forma de detención arbitraria. Es un <i>indicador de resultado</i> para el derecho a la libertad y la seguridad y el derecho un juicio justo.
Método de cálculo	El indicador se calcula como la suma de casos individuales de privación de la libertad informados y declarados arbitrarios por el WGAD durante el periodo de referencia. El procedimiento seguido por el Grupo de Trabajo incluye cuatro etapas: (i) presentar el asunto ante el WSAD, (ii) ofrecer al Gobierno una oportunidad para refutar las denuncias (iii) ofrecer a la fuente una oportunidad para hacer comentarios sobre la respuesta del Gobierno, y (iv) el WGAD formula una opinión sobre el tema (véase http://www.ACNUDH.org/english/issues/detención/index.htm para el proceso detallado)
Fuente y recopilación de datos	La principal fuente de datos es los registros administrativos del UN WGAD, y sus informes ante el Consejo de Derechos Humanos. La fuente primaria de datos es las comunicaciones sobre la privación arbitraria supuesta de la libertad enviadas al Grupo de Trabajo por los individuos directamente involucrados, sus familias, sus representantes, organizaciones gubernamentales, o comunicaciones de gobiernos y organizaciones intergubernamentales.
Periodicidad	La información del indicador se publica anualmente en informes presentados ante el Consejo de Derechos Humanos.
Desagregación	Para que el indicador sea significativo, debe desagregarse por sexo, edad (al menos para niños o jóvenes menores de 18 años), nacionalidad, profesión, fechas y lugares del arresto y detención. La información suministrada también se puede categorizar por tipos de detención arbitraria, según la guía del WGAD. Cuando es aplicable, el indicador debe desagregarse por grupos demográficos adicionales (por ejemplo grupos

étnicos, minorías, migrantes, personas con discapacidad) y estatus socio-económico (quintiles de ingresos o gastos de consumo).

La disponibilidad de los datos desagregados dependerá de la información sobre privaciones de la libertad supuestas que se reporten ante el WGAD.

Comentarios y limitaciones

El indicador es una buena medida del disfrute del derecho a la libertad y la seguridad. La fuente básica de información para este indicador procede de *datos basados en eventos sobre violaciones a los derechos humanos*. Esos datos pueden subestimar (u en ocasiones, aunque raras veces, incluso sobreestimar) la incidencia de desapariciones forzadas, si se utiliza de una manera casual para sacar conclusiones generalizadas para el país como un todo. Además, en la mayoría de instancias, el número de casos reportados ante el WGAD dependería del conocimiento, acceso a la información, motivación y perseverancia de la familia y amigos de las personas detenidas arbitrariamente o las organizaciones de la sociedad civil en el país correspondiente.

La privación de la libertad es declarada arbitraria por el Grupo de Trabajo si es de la opinión de que el caso reportado puede clasificarse en una de las tres categorías siguientes:

Categoría I: cuando es claramente imposible invocar cualquier base legal que justifique la privación de la libertad (como cuando una persona sigue detenida después de cumplir su sentencia o a pesar de una ley de amnistía aplicable a ella);

Categoría II: cuando la privación de la libertad resulta del ejercicio de los derechos o libertades garantizadas por los artículos 7, 13, 14, 18, 19, 10 y 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, en la medida en que los Estados Partes estén involucrados, por los artículos 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;

Categoría III: cuando la no observancia total o parcial de las normas internacionales relacionadas con el derecho a un juicio justo, incluidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los instrumentos internacionales relevantes aceptados por los Estados interesados, es de tal gravedad como para dar a la privación de la libertad un carácter arbitrario.

En 1991, la Comisión de Derechos Humanos estableció el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria (resolución 1991/42). El Grupo de Trabajo ha sido encargado del siguiente mandato: (a) investigar casos de privación de la libertad impuestos arbitrariamente, considerando que ninguna decisión definitiva se ha tomado en tales casos por parte de tribunales nacionales, de conformidad con la ley nacional, con los estándares internacionales relevantes fijados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los instrumentos internacionales relevantes aceptados por los Estados involucrados; (b) buscar y recibir información del Gobierno y de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, y recibir información de las personas involucradas, sus familias o representantes; (c) presentar un informe completo ante la Comisión en su sesión anual.

DUDH, art. 3 y 9, ICCPR, art. 9, ICERD, art. 5(b), CEDAW, art. 2, CRC, art. 37, ICRMW, art. 16 y ICRPD, art. 14 son ejemplos adicionales de disposiciones relevantes para el derecho a la libertad y la seguridad de una persona.

Indicador 11	Proporción de la población por debajo del nivel mínimo de consumo de energía dietario o proporción de población desnutrida
Definición	El indicador se refiere a la proporción de la población cuya ingesta de alimentos está por debajo del nivel mínimo de requerimientos de energía dietarios. Esto también se refiere a la prevalencia de la desnutrición, que es la proporción de la población que está desnutrida, (UNDG, Indicadores para la Vigilancia de las Metas de Desarrollo del Milenio, 2003).
Fundamento	La energía necesaria y el equilibrio de nutrientes de una dieta están entre los elementos importantes del derecho a una alimentación adecuada, de conformidad con el artículo 11 del ICESCR y el Comentario General No. 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Un periodo prolongado de consumo dietario inadecuado de energía o desnutrición crónica, con frecuencia lleva a un deterioro grave de la salud, alta vulnerabilidad a las enfermedades, índices de mortalidad elevados y pérdida de la productividad. La energía adecuada en la dieta es el requerimiento más básico de una alimentación adecuada. Al estimar que la población no puede satisfacer sus requerimientos de energía adecuada, el indicador identifica la magnitud del problema que un Estado puede tener para tratar directamente mediante el suministro del faltante de alimentos o facilitando los medios para comprarlos, si va cumplir con su obligación de implementar el derecho a una alimentación adecuada, el derecho a la salud o el derecho a la vida (véase para. 5 en el Comentario General No. 6 del Comité de Derechos Humanos). Dada la naturaleza del indicador (o una variante adecuada como la proporción de la población por encima del nivel mínimo de consumo de energía dietario en el periodo del informe), este podría utilizarse para evaluar los esfuerzos del Estado Parte para implementar su obligación o podría utilizarse para evaluar el resultado del esfuerzo emprendido y el proceso a través del tiempo. Por consiguiente, se ha identificado como un <i>indicador de proceso</i> en el atributo 'salud y nutrición' del derecho a la vida y en el atributo 'nutrición' del derecho a una alimentación adecuada, y como un <i>indicador de resultado</i> en el atributo 'acceso a los alimentos' del derecho a una alimentación adecuada.
Método de cálculo	Es un indicador derivado que se calcula utilizando la distribución de la población por nivel de gasto de consumo/ingresos, precio de la canasta de consumo de referencia que satisface los requerimientos mínimos de energía dietarios, y las normas de energía adecuada para la población, que a su vez requiere la distribución por edad-sexo-ocupación de la población. A nivel de país, en la mayoría de los casos el indicador lo calculan las agencias nacionales de estadísticas o las agencias encargadas del monitoreo del estado de alimentación adecuada o la incidencia de la pobreza.
Fuente y recopilación de datos	Las principales fuentes de datos a nivel de país son las encuestas de consumo o ingresos domésticos, datos administrativos o de producción de alimentos, comercio, inventarios, precios y censos o datos de encuestas sobre la estructura de edad-sexo-ocupación de la población. La Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) recopila y suministra información a nivel nacional sobre el indicador, con base en sus registros administrativos.
Periodicidad	En algunos países, esta información está disponible anualmente y en otros puede estar disponible en intervalos de tres a diez años, dependiendo de los intervalos entre las encuestas.
Desagregación	La desagregación del indicador por región o áreas, por ejemplo entre áreas urbanas y rurales, es útil para evaluar disparidades entre diferentes regiones. Además, los datos deben desagregarse por sexo y edad y, cuando es aplicable, por grupos demográficos relevantes (grupos étnicos, minorías, indígenas, migrantes, personas con discapacidad) y el estrato socioeconómico (quintiles de ingresos o gastos de consumo).
Comentarios y	Este es un indicador ampliamente utilizado en el contexto de la supervisión del

limitaciones	<p>desarrollo. Aunque es un indicador con gran cantidad de datos y complicado de calcular, es probable que esté disponible por lo menos en algunos puntos del tiempo para la mayoría de los países.</p> <p>Los estimados se basan en los alimentos adquiridos o disponibles para los hogares y no en la ingesta real de alimentos de los miembros de hogares individuales. Cualquier discriminación en el acceso a los alimentos al interior de los hogares, no se tiene en cuenta.</p> <p>Aunque la ‘proporción de la población por debajo del nivel mínimo del consumo de energía dietario’ y la ‘proporción de población desnutrida’ suelen utilizarse de manera intercambiable, los dos indicadores no pueden ser los mismos en muchas instancias. El segundo indicador se utiliza con frecuencia como una medida de la proporción de la población que no cumple los requerimientos de ‘nutrientes normativos’ en su ingesta dietaria (desnutrición). Es probable que las personas que se encuentran crónicamente por debajo del nivel mínimo de consumo de energía dietario también sufran de deficiencias nutricionales, pero lo contrario no necesariamente es cierto. En ocasiones, la información también puede estar disponible en otro indicador, como la ‘incidencia del hambre’ o el ‘número de comidas ingeridas en un día’, que también se pueden utilizar como una medida bruta para vigilar el disfrute del derecho a una alimentación adecuada.</p> <p>DUDH, art. 25, ICESCR, art. 11, ICERD, art. 5(e), CEDAW, art. 2 y 14(2-h), CDN, art. 27(3) y CRPD, art. 28(1) son ejemplos de disposiciones relevantes para el derecho a una alimentación adecuada.</p> <p>Este es un indicador de la Meta Desarrollo del Milenio.</p>
Indicador 12	Casos reportados de desalojamientos forzados (véase indicadores de resultado en la tabla sobre el derecho a una vivienda adecuada)
Definición	Este indicador se refiere el número de casos individuales reportados de desalojamientos forzados durante el periodo de referencia. “Desalojamiento forzado” se define como “el retiro permanente o temporal contra su voluntad de personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o la tierra que ocupan, sin la prestación de y/o acceso a formas adecuadas de protección legal o de otra índole” (Comentario General No.7, ICESCR).
Fundamento	El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que todas las personas deben poseer un grado de seguridad de tenencia que garantice la protección legal contra cualquier desalojamiento forzado, acoso y otras amenazas. Se ha afirmado que los desalojamientos forzados son Incompatibles <i>prima facie</i> con los requerimientos del ICESCR (Comentario general No. 7). Además, dada la interdependencia de todos los derechos humanos, los desalojamientos forzados frecuentemente violan otros derechos humanos. Por tanto, además de infringir manifiestamente los derechos incluidos en el ICESCR, la práctica de desalojamientos forzados también puede llevar a violaciones de derechos civiles y políticos, como el derecho a la vida, el derecho a la seguridad de la persona, el derecho a la no interferencia de la privacidad, la familia y el hogar y el derecho al disfrute pacífico de las posesiones. Es un <i>indicador de resultado</i> dirigido a analizar el grado con el cual los Estados protegen la seguridad de la tenencia.
Método de cálculo	El indicador se calcula como el número de todos los desalojamientos forzados en un período específico.
Fuente y recopilación de datos	La principal fuente de datos para este indicador es los registros que mantienen las instituciones nacionales de derechos humanos, organizaciones no gubernamentales y, en determinadas circunstancias, los registros de agencias administrativas responsables de o que vigilan la rehabilitación.
Periodicidad	La información sobre el indicador debe estar disponible sobre una base periódica. Con

frecuencia se presenta anualmente a través de organizaciones que vigilan la seguridad de la tenencia.

Desagregación Para tener significado, la información de este indicador debe desagregarse por sexo y edad (al menos para los niños y las personas jóvenes menores de 18 años) y, cuando es aplicable, por grupos demográficos relevantes (grupos étnicos, minorías, indígenas, migrantes, personas con discapacidad) y el estatus socio-económico (quintiles de ingresos o gastos de consumo).

Comentarios y limitaciones El indicador puede ser una buena medida de la realización del derecho a una vivienda adecuada. Aunque todos los indicadores se fundamentan en *datos basados en eventos sobre violaciones a los derechos humanos* y dependen de múltiples fuentes de información, el indicador puede sufrir por aspectos de confiabilidad. Puede subestimar (o en ocasiones, aunque raras veces, incluso sobreestimar) la incidencia de los desalojamientos forzados, si se utiliza de una manera casual para sacar conclusiones generalizadas para el país como un todo. Además, en la mayoría de instancias, el nombre de casos reportados dependerá del conocimiento, acceso a la información, motivación y perseverancia de las agencias y organizaciones de la sociedad civil y los medios de comunicación para seguir los eventos relevantes

La expresión “desalojamientos forzados” es, en algunos aspectos, problemática. Esta expresión busca transmitir un sentido de arbitrariedad e ilegalidad. Para muchos observadores, la referencia a “desalojamientos forzados” es una tautología, mientras que otros han criticado la expresión “desalojamientos ilegales” con base en que se supone que la ley relevante brinda protección adecuada al derecho a una vivienda y se ajusta al Convenio, lo cual de ninguna manera es siempre el caso. De modo similar, se ha sugerido que la expresión “desalojamientos injustos” es incluso más subjetiva en virtud de que no se refiere a ningún marco legal. La comunidad internacional de los derechos humanos, especialmente en el contexto del sistema de los derechos humanos de la ONU, ha optado por utilizar “desalojamientos forzados”, básicamente porque todas las alternativas sugieren algo de ambigüedad. Sin embargo, la prohibición de los desalojamientos forzados no se aplica a los desalojamientos que se llevan a cabo por la fuerza de acuerdo con la ley y de conformidad con las disposiciones de los convenios internacionales sobre derechos humanos.

Mujeres, niños, jóvenes, ancianos, indígenas, minorías étnicas y otras, y grupos y personas vulnerables, sufren desproporcionadamente de la práctica del desalojamiento forzado. Las mujeres en todos los grupos son especialmente vulnerables, dado el alcance de la discriminación establecida por la ley y otras formas de discriminación que, con frecuencia, se aplican a los derechos a la propiedad (incluida la propiedad de la vivienda) o los derechos de acceso a la propiedad o alojamiento, y su vulnerabilidad particular a actos de violencia y abuso sexual cuando no tienen hogar. Las disposiciones de no discriminación de los artículos 2.2 y 3 del ICESCR imponen una obligación adicional a los Gobiernos para garantizar que, cuando se presenten desalojamientos, se tomen medidas adecuadas para garantizar que no haya ninguna forma de discriminación.

DUDH artículo 25, ICESCR artículo 11, CERD artículo 5, CEDAW artículo 14, CRC artículo 27, CMW artículo 43 y CRPD artículo 28 tienen preferencias de importancia para el indicador. El CESCR también reconoce la seguridad legal de la tenencia bajo su Comentario General No. 4 (1991) sobre el derecho a una vivienda adecuada: “Sin perjuicio del tipo de tenencia, todas las personas deben poseer un grado de seguridad de tenencia que garantice protección legal contra el desalojamiento forzado, el acoso y otras amenazas”.

Algunas instituciones, como el Banco Mundial y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) han adoptado pautas sobre reubicación y/o reasentamientos con miras al evitar el aumento de y el sufrimiento humano asociado con los desalojamientos forzados. Con frecuencia, estas prácticas acompañan proyectos de desarrollo a gran escala y otros proyectos de energía importantes.

Indicador 13	Índices de condenas de indigentes con representación legal como una proporción de los índices de condenas de acusados con abogados de su propia elección (véase indicadores de resultado en la tabla sobre el derecho a un juicio justo)
Definición	El indicador mide la razón del índice de condenas de acusados que tenían representación legal gratuita respecto a acusados que tenían abogado de su propia elección, en el periodo del informe. Aunque el indicador se podría utilizar por separado para los dos índices de condenas, es más útil cuando se utiliza como una razón de los dos.
Fundamento	El artículo 14(3)(d) ICCPR establece que los acusados deben contar con asistencia legal asignada a ellos, en cualquier caso en que los intereses de la justicia así lo requieran, y sin costo alguno si no cuentan con medios suficientes para pagarlo. El Comité de Derechos Humanos en su Comentario General 32, establece que “El asesor suministrado por las autoridades competentes con base en esta disposición debe ser eficaz en la representación del acusado”. Además, la incompetencia evidente del abogado asignado puede implicar la responsabilidad del Estado. El indicador es un <i>indicador de resultado</i> que se relaciona con el atributo de acceso e igualdad ante los tribunales, del derecho a un juicio justo. Como tal, mide el alcance con el cual se logra la igualdad en la práctica.
Método de cálculo	El indicador se calcula por separado para los acusados que cuentan con representación legal de oficio y para los acusados que tienen un abogado de su propia elección, antes de establecer la razón de los dos. En cada grupo, el indicador se calcula como la razón del número de acusados de ese grupo que son condenados, respecto al número total de acusados en ese grupo que se sometieron a juicio durante el periodo del informe.
Fuente y recopilación de datos	Las fuentes principales de datos son los registros de los tribunales y los informes de la oficina del fiscal a nivel nacional o sub-nacional.
Periodicidad	Los datos, si se recopilan, deberán estar disponibles sobre una base anual.
Desagregación	El indicador debe desagregarse por tipo de delitos (por ejemplo homicidio, violación, asalto, robo, etc.), la etapa del proceso (primera audiencia o apelación), y por región o unidad administrativa. También debe desagregarse por las características del acusado, en particular por sexo, edad (por lo menos para niños y jóvenes menores de 18 años), y, según sea aplicable, por grupos demográficos relevantes (por ejemplo, grupos étnicos, minorías, migrantes, personas con discapacidad, orientación sexual).
Comentarios limitaciones	El indicador es una buena medida del nivel relativo de competencia de los abogados asignados y, por tanto, de la implementación efectiva del derecho a un juicio justo, sin considerar el estado económico del acusado. Sin embargo, particularmente en regiones o Estados con un número pequeño de casos, el indicador nunca debe analizarse en exceso; cada caso debe evaluarse por sus propios méritos. También puede ser útil emplear este indicador juntamente con un indicador sobre la naturaleza y duración promedio de las sentencias para acusados indigentes y para acusados con abogados de su propia elección. DUDH artículos 10-11, ICCPR artículos 14-15, ICIEFDR artículo 5(a), CEDAW artículo 2, CRC artículos 12(2), 37(d) y 40, ICRMW artículos 16(5-9) y 18, y CRPD artículo 13, son ejemplos de referencias de relevancia para el derecho a un juicio justo.

Indicador 14	Índice de mortalidad infantil (véase indicadores de resultado en las tablas sobre el derecho a la vida, el derecho a una alimentación adecuada y el derecho a la salud)
Definición	El indicador se refiere a los infantes que mueren antes de llegar a la edad de un año por cada 1000 nacidos vivos durante el periodo especificado.
Fundamento	Como una medida de la supervivencia de los niños, el índice de mortalidad infantil es una estadística socio-económica clave para muchos derechos humanos, incluidos el derecho a la vida, el derecho a la salud y el derecho a una alimentación adecuada. El nivel de este indicador puede ser influenciado potencialmente por una amplia gama de determinantes económicas, sociales, políticas y del medio ambiente. Como consecuencia, el indicador será particularmente importante en la vigilancia de las acciones de los Estados Parte para cumplir cabalmente sus obligaciones de crear condiciones favorables y necesarias en las cuales se reduzcan los índices de mortalidad infantil. En las tablas de indicadores, éste se ha identificado como un <i>indicador de resultado</i> para el derecho a la vida, el derecho a la salud y el derecho a una alimentación adecuada.
Método de cálculo	El indicador se calcula como el número de muertes de infantes con menos de un año de edad por cada 1000 nacidos vivos en ese año. El número de muertes se divide entre el número de nacimientos y el resultado se multiplica por 1000.
Fuente y recopilación de datos	Las principales fuentes de datos a nivel de país son los registros administrativos nacionales, que incluyen el sistema de registro de estadísticas vitales y los registros de la agencia de estadísticas, encuestas de muestreo, censos poblacionales, encuestas de hogares, incluidas las Encuestas Demográficas y de Salud. La Organización Mundial de la Salud (OMS) recopila series de datos agregados de países con base en datos administrativos y de encuestas. El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) también suministra series de datos del país en sus Encuestas de Indicadores Múltiples por Conglomerados.
Periodicidad	En general, el indicador que se basa en registros administrativos está disponible anualmente, y el indicador que se basa en encuestas de hogares, cada 3 a 5 años.
Desagregación	La desagregación del indicador por regiones geográficas o administrativas, por ejemplo entre áreas rurales y urbanas, es esencial para evaluar las disparidades en el patrón de mortalidad infantil a través de diferentes regiones. Además, el indicador debe desagregarse por causa de muerte, sexo y, cuando sea aplicable, por grupos demográficos relevantes (por ejemplo, grupos étnicos, indígenas, minorías, migrantes) y estatus socio-económico (quintiles de ingresos o gastos por consumo).
Comentarios y limitaciones	El indicador se utiliza ampliamente y puede ser una buena medida de resumen de la realización del derecho a la vida, el derecho al estándar más alto disponible de salud física y mental y el derecho a una alimentación adecuada. El índice de mortalidad infantil se considera un estimado más robusto que el índice de mortalidad entre menores de cinco años, si la información se toma del registro de estadísticas vitales que cubre al menos 90% de eventos vitales en la población. Para encuestas de hogares, los estimados de mortalidad infantil se obtienen directamente (Encuestas Demográficas y de Salud) o indirectamente (Encuestas de Indicadores Múltiples por Conglomerados). Cuando se calculan indirectamente, los estimados de mortalidad para menores de un año deben ser coherentes con los estimados de mortalidad para menores de 5 años. Las niñas tienen una ventaja de supervivencia sobre los muchachos durante el primer año de vida, basada principalmente en diferencias biológicas. Esto se aprecia especialmente durante el primer mes de vida cuando las condiciones perinatales tienen más probabilidad de ser la causa de muerte o que contribuye a la muerte. Aunque la mortalidad infantil generalmente es más alta en los niños que en las niñas, en algunos países la ventaja biológica de las niñas es superada por la discriminación de género.

Sin embargo, la mortalidad en menores de cinco años captura mejor el efecto de la discriminación de género que la mortalidad infantil, dado que las intervenciones nutricionales y médicas son más importantes después del primer año de vida.

En su Comentario General No.14 (ICESCR Art.12) sobre el derecho al nivel más alto posible de salud, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales interpreta que “la disposición para la reducción de la tasa de nacidos muertos y de mortalidad infantil, y para el desarrollo saludable del niño” (Art.12.2(a)) puede entenderse como las medidas que se requieren para mejorar la salud materna y del niño, los servicios de salud sexual y reproductiva, incluido el acceso a planificación familiar, cuidado pre y post-natal, servicios obstétricos de emergencia y acceso a la información, al igual que los recursos necesarios para actuar con base en esa información.

En su Comentario General No.6 (ICCPR Art.6) sobre el derecho a la vida, el Comité de Derechos Humanos anotó que el derecho a la vida con frecuencia se ha interpretado de una manera demasiado estrecha. La expresión “derecho inherente a la vida” no puede entenderse propiamente de una manera restrictiva, y la protección de este derecho requiere que los Estados adopten medidas positivas. En esta conexión, el Comité considera que sería deseable que los Estados Partes tomen todas las medidas posibles para reducir la mortalidad infantil y aumentar la expectativa de vida, especialmente adoptando medidas para eliminar la desnutrición y las epidemias.

Los datos de las encuestas administrativas y de hogares pueden subestimar la mortalidad infantil. También es importante que las principales causas en mortalidad se investiguen cuidadosamente, para calcular el alcance con que esto puede ser causado por servicios de salud deficientes, condiciones de salud deficientes para los infantes y problemas de salud de sus madres y/o debido a algunas otras razones ajenas que son difíciles de anticipar, de manera que las medidas de política puedan formularse adecuadamente para abordar el problema.

DUDH artículos 3 y 25, ICESCR artículos 10-12, ICCRP artículos 6, ICERD artículo 5, CEDAW artículo 2, 12 y 14, CRC artículos 6, 27 y 24, ICRMW artículo 9, 28 y 43, y CRPD artículo 10, 28 y 25 son ejemplos de referencias de relevancia para el indicador.

Este es un Indicador de Meta de Desarrollo del Milenio.



EJERCICIOS

1. Explique brevemente la relación que existe entre derechos humanos y desarrollo humano.

2. Explique brevemente la relación entre la buena gobernanza y los derechos humanos.

3. ¿A qué se refiere el término *progresivo* de los derechos económicos, sociales y culturales?

4. Indique si los siguientes argumentos son verdaderos (V) o falsos (F). En caso de que su respuesta sea F justifique por qué.

- Los derechos humanos pueden hacerse efectivos en una amplia variedad de sistemas económicos y políticos siempre que sean democráticos y reflejen la indivisibilidad de los derechos humanos. (V) (F)
- Las normas de derechos humanos siempre pueden resolver concesiones y elecciones en materia política. (V) (F)
- Un presupuesto basado en los derechos humanos exige que esas decisiones se adopten con arreglo a principios de transparencia. (V) (F)
- El enfoque basado en los derechos humanos se opone totalmente al concepto de identificación nacional. (V) (F)

5. ¿Cuál es la definición del enfoque basado en derechos humanos?

6. Relacione cada definición con el concepto de argumento que corresponda.

- | | |
|---|----------------------------|
| 1. Reconoce al enfoque basado en derechos humanos como lo correcto a partir de un punto de vista ético o moral. | () Argumento instrumental |
| 2. Reconoce al enfoque basado en derechos humanos como conductor a mejores y más sostenibles resultados en materia de desarrollo. | () Argumento intrínseco |

7. Exprese de manera resumida a qué se refieren los siguientes conceptos según el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

- 1) Análisis de causalidad
- 2) Análisis de funciones
- 3) Definición de intervenciones

8. ¿Qué importancia tienen los derechos humanos en la formulación de programas?

9. Señale qué es un indicador en materia de derechos humanos y explique la distinción entre indicador cualitativo e indicador cuantitativo.

Indicador
Indicador cualitativo
Indicador cuantitativo

10. Señale y explique cuáles son algunos de los principales indicadores en materia de derechos humanos.



AUTOEVALUACIÓN

1. Ambos conceptos comparten las mismas motivaciones y preocupaciones aunque difieren en su concepción y estrategia, sin embargo, esto no impide que puedan complementarse entre sí de manera provechosa.
 - a) Derechos humanos y desarrollo progresivo
 - b) Derechos humanos e interés superior del niño
 - c) Derechos humanos y desarrollo humano
 - d) Desarrollo progresivo y acceso a la justicia

2. Este instrumento internacional adopta compromisos en materia de derechos humanos y establece ocho objetivos de desarrollo cuantificados y con plazos.
 - a) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
 - b) Convención Americana sobre Derechos Humanos
 - c) Convención sobre los Derechos del Niño
 - d) Declaración del Milenio

3. Este concepto abarca todos los mecanismos, instituciones y procesos por medio de los cuales se ejerce la autoridad para dirigir los asuntos públicos.
 - a) Gobernanza
 - b) Debido proceso
 - c) Buen gobierno
 - d) Principio de legalidad

4. Este concepto se refiere a que los derechos económicos, sociales y culturales sólo pueden lograrse con el crecimiento económico de cada Estado:

- a) Indivisibilidad de los derechos
- b) Principio *pro homine*
- c) Desarrollo progresivo
- d) Principio de no retrocesión

5. Este concepto se define como un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano que desde el punto de vista normativo está basado en las normas internacionales de derechos humanos, y desde una óptica operacional está orientado a la promoción y a la protección de los derechos humanos.

- a) Enfoque basado en derechos humanos
- b) Derechos humanos
- c) Debido proceso
- d) Buena gobernanza

6. ¿Cuáles son los dos argumentos que apoyan el concepto del enfoque basado en derechos humanos?

- a) Argumento intrínseco y argumento sólido
- b) Argumento intrínseco y argumento instrumental
- c) Argumento intrínseco y argumento base
- d) Argumento intrínseco y argumento persuasivo

7. Por este principio todas las personas tienen el derecho al disfrute igual de sus derechos sin discriminación alguna, y la programación no puede estar dirigida únicamente a los grupos de más fácil acceso:

- a) Principio de irretroactividad
- b) Principio de supremacía constitucional
- c) Principio de igualdad ante la ley
- d) Principio de imparcialidad

8. Para que un proceso sea verdaderamente participativo debe cumplir con ciertos requisitos. Éstos son:

- a) Imparcialidad, inmediatez, subjetividad
- b) Razonabilidad, actividad, libertad
- c) Libertad, actividad, significación
- d) Libertad, actividad, inmediatez

9. Este tipo de indicador puede expresarse en forma contable, como son los números, los porcentajes o los índices sobre algún fenómeno. Son considerados un equivalente a la estadística.

- a) Indicador cualitativo
- b) Indicador cuantitativo
- c) Indicador jurídico
- d) Indicador estructural

10. Dentro de los principales indicadores en materia de derechos humanos se encuentran:

- a) Indicadores demográficos, indicadores estadísticos, indicadores estructurales
- b) Indicadores cualitativos e indicadores cuantitativos
- c) Indicadores subjetivos e indicadores objetivos
- d) Indicadores estructurales, indicadores de proceso e indicadores de resultado

CURSO V.

Debido proceso y derechos humanos

OBJETIVO ESPECÍFICO

- Que el personal profesional ubique los elementos básicos que deben ser considerados para el adecuado funcionamiento de la justicia, así como los mecanismos y recursos que existen para exigir su cumplimiento en relación con la vigencia y el respeto de los derechos humanos.



SÍNTESIS

El debido proceso legal consiste en una serie de disposiciones que garantizan las protecciones sustantivas y procesales que son fundamentales para la determinación de acusaciones de carácter penal principalmente. Sin embargo, dichas garantías se extienden también, *mutatis mutandi*, a otros procedimientos a través de los cuales se determinan los derechos y las obligaciones de carácter civil, laboral, fiscal y de otra índole (Del Campo, p. 426).

Dichas garantías abarcan algunos principios fundamentales del derecho penal, entre ellos el derecho a que se presuma la inocencia, y los principios *nullum crime sine lege*, *nulla poena sine lege* y *non bis in idem*. Asimismo, los requerimientos de un juicio justo y del debido proceso implican ciertos requisitos y restricciones esenciales.

Aunque no existe una definición estricta sobre el debido proceso, sí hay un panorama mundial renovado acerca de este concepto en constante revisión y precisión, que se ha visto fuertemente influido por el derecho internacional de los derechos humanos y por la jurisprudencia proveniente de los tribunales que son responsables de interpretar y aplicar los tratados en esta materia (García Ramírez, p. 508).

Nos hallamos pues, frente a una doctrina jurisprudencial apreciable, abundante y útil para orientar las soluciones que es preciso arraigar en estos temas, de cuya oportuna y adecuada solución depende, a menudo, el tratamiento de los problemas que surgen en torno al respeto y la garantía de los derechos sustantivos en general [García Ramírez, p. 512].

Así, el debido proceso posee cierto carácter programático e implica la "existencia, suficiencia y eficacia de un sistema judicial y procesal idóneo para garantizar ese derecho fundamental a la justicia (García Ramírez, p. 515).

Principios fundamentales del derecho penal

Presunción de inocencia. Este principio debe estar garantizado expresamente en las leyes internas de cada Estado y puede considerarse como vulnerado cuando una persona es detenida preventivamente bajo acusación penal sin la debida justificación, ya que de lo contrario se estaría frente a una sanción y no frente a una medida cautelar.

Non bis in idem. Protege el derecho de las personas a no ser sometidas a un nuevo juicio por la misma causa y hechos específicos por los que ya han sido juzgadas.

Nullum crime sine lege y nulla poena sine lege. Estos principios están relacionados principalmente con el principio de legalidad, y establecen la prohibición a los Estados para que procesen o sancionen a las personas por actos u omisiones que no constituían delitos en la legislación aplicable cuando fueron cometidos. Se encuentran íntimamente vinculados con la rigurosa aplicación del derecho penal, ya que los delitos deben tipificarse en términos precisos e inequívocos que definan con exactitud el delito sancionable (Del Campo, p. 428).

Responsabilidad penal individual. Surge como un requisito indispensable en materia penal para que ningún grupo sea condenado por un delito, si no es sobre la base de la responsabilidad penal individual, por lo que queda prohibida la responsabilidad penal colectiva. No obstante, esto no impide el procesamiento de personas con base en elementos de la responsabilidad penal individual como la complicidad o la incitación.

Derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley

Este derecho implica las condiciones y los estándares que deben ser satisfechos por los tribunales que están encargados de juzgar la sustanciación de toda acusación de carácter penal, o la determinación del derecho o las obligaciones de las personas en materia civil, fiscal, laboral o de otra índole.

La independencia de un tribunal se refiere a que éstos sean autónomos de otras ramas del gobierno y estén libres de influencias, amenazas o interferencias de cualquier origen o razón.

La imparcialidad de un tribunal debe ser evaluada desde una perspectiva subjetiva y objetiva para garantizar la inexistencia de un prejuicio real de parte de la o el juez o del tribunal.

Por lo anterior, queda prohibida la creación de cortes o tribunales especiales que se desplacen a la jurisdicción de las cortes o tribunales ordinarios. Con base en esta idea, los tribunales militares han sido objeto de muchas críticas en las que se ha argumentado su falta de independencia frente al Poder Ejecutivo, así como la ausencia de garantías mínimas del debido proceso.

Sin embargo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha reconocido que los tribunales militares pueden, en principio, constituir un tribunal independiente e imparcial para procesar a integrantes de las fuerzas armadas que hayan cometido ciertos delitos relacionados con la disciplina militar. De ahí que no deban juzgarse violaciones a los derechos humanos u otros delitos que no ten-

gan relación con las funciones que la ley le ha asignado a las fuerzas militares, y mucho menos deberá juzgar a civiles.

Otro aspecto relacionado con la imparcialidad e independencia de los tribunales es el de los sistemas judiciales sin rostro, a los que la CIDH hace referencia en el *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*.¹ Considera que éstos son violatorios del debido proceso, ya que el anonimato de las y los jueces, fiscales y testigos priva a la persona acusada de las garantías básicas de justicia. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha calificado el uso de sistemas judiciales secretos como una flagrante violación al derecho a ser juzgado por un juez o tribunal independiente y al carácter público de los juicios penales.

A pesar de lo anterior, existen delitos de carácter terrorista que sin duda exponen a las y los jueces y administradores de justicia a recibir amenazas en contra de su vida o integridad personal, por lo cual los Estados deben adoptar medidas excepcionales para proteger a las y los jueces, evaluando la situación de cada caso concreto pero vigilando que se respeten las garantías inderogables de las personas encausadas a un juicio justo (Del Campo, p. 432).

Plazo razonable

Aunque no existe un concepto que defina el plazo razonable, éste abarca todo el proceso en cuestión, desde el primer acto del proceso hasta que se dicta una sentencia definitiva y firme, incluyendo toda apelación que se haya interpuesto (Del Campo, p. 432). La Corte IDH refuerza esta idea y establece que el plazo razonable debe apreciarse con base en la duración total del procedimiento penal que se desarrolla en contra de una persona imputada hasta que se dicta sentencia definitiva, ya que es en este momento cuando concluye el ejercicio de la jurisdicción de conocimiento (Del Campo, p. 441).

Sin embargo, para Sergio García Ramírez lo que en verdad pretende el orden internacional de los derechos humanos es que la afectación de los derechos de una persona por acción u omisión del Estado no se prolongue injustificadamente hasta que pueda generarle condiciones de injusticia, inequidad o inseguridad jurídica (Del Campo, p. 451).

Por ejemplo, en el caso *López Álvarez vs. Honduras* del 1 de febrero de 2006, la Corte IDH analizó el tema del plazo razonable. En este caso, el acusado no realizó ninguna diligencia que retrasara el procedimiento, a diferencia de las autoridades judiciales por quienes se dictaron al menos cuatro nulidades por a diversas irregularidades procesales debido a la falta de diligencia de las mismas. Por esta razón, la víctima se vio obligada a esperar más de seis años para que el Estado le administrara justicia (Del Campo, pp. 441 y 442).

Por lo anterior, la Corte IDH señaló que el Estado no observó el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y reiteró que no basta con que existan formalmente recursos dentro del Estado, sino que es necesario que éstos sean efectivos y brinden la

¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, CIDH/OEA, 22 de octubre de 2002.

posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar la protección jurídica requerida.

Con base en la estructura de los elementos del plazo razonable, Sergio García Ramírez explica lo siguiente:

La complejidad de la materia. Al analizar este elemento deben explorarse las circunstancias *de jure* y *de facto* del caso. Es posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo y que el estudio de los hechos sea extraordinariamente complejo por estar sujeto a pruebas difíciles. *Contrario sensu*, puede suceder que exista una relativa sencillez y claridad en los hechos y una severa problemática en la apreciación jurídica. Además, es importante considerar el número de relaciones que concurren en el litigio, así como el de las partes en las relaciones materiales y en la tramitación procesal.

La conducta de la parte interesada. En el estudio de este elemento deben considerarse tanto la actividad dentro del procedimiento como la conducta, ya sea omisiva o activa, de la parte interesada. Es tarea de los tribunales hacer una prudente distinción entre las acciones y las omisiones de la o el litigante cuyo objetivo es la defensa y aquellas otras que sólo sirven a la demora.

La conducta de los tribunales. A este elemento Sergio García Ramírez prefiere denominarlo como la conducta de las autoridades, ya que sostiene que es necesario distinguir entre la actividad que es ejercida con reflexión y cautela justificables y la que es desempeñada con excesiva parsimonia, exasperante lentitud o exceso de ritual.

Dentro del voto razonado a la sentencia del caso *López Álvarez vs. Honduras*, García Ramírez también introduce un nuevo elemento a la estructura del plazo razonable:

Situación jurídica del individuo. También llamada *afectación actual* que el procedimiento implica para los derechos y deberes, se refiere a que si la incidencia por parte de la persona interesada crece hasta ser intensa, será necesario que el procedimiento corra con más diligencia para que en poco tiempo, o dentro de un plazo razonable, se resuelva la situación de dicha persona.

Debidas garantías dentro de un juicio justo

Existen garantías adicionales que en circunstancias específicas pueden asegurar un juicio justo. Entre ellas se encuentran:

Derecho a la notificación previa y detallada de los cargos que se imputan. En este sentido, la Corte IDH ha establecido en su vasta jurisprudencia que debe notificarse a la persona inculpada la acusación formulada en su contra, y las razones y los delitos o faltas por los cuales se le atribuye responsabilidad antes de que ésta rinda su primera declaración.

Derecho a defenderse personalmente o mediante una o un abogado. Toda persona inculpada tiene derecho a ser asistida por una o un defensor de su propia elección. Asimismo, se ha establecido que las personas en situación de calle tienen derecho a una o un abogado gratuito cuando dicha asistencia sea necesaria para un juicio justo.

Derecho al tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa. Consiste en disponer del tiempo y de los medios suficientes para la preparación de la defensa; es decir, que toda persona arrestada, detenida o encarcelada disponga de oportunidades y facilidades adecuadas para ser visitada y para comunicarse y consultar a su abogada o abogado sin demora, intercepción o censura y con toda confidencialidad.

Derecho a apelar una sentencia ante una instancia superior. La Corte IDH ha considerado que el derecho de apelación no se satisface solamente con la existencia de un tribunal superior que ha juzgado y condenado a la persona acusada y al que ésta pueda recurrir. Para que exista una revisión legítima y válida de la sentencia en cumplimiento de las normas de derechos humanos, el tribunal superior debe contar con la autoridad jurisdiccional que le permita analizar los méritos del caso específico y satisfacer los requisitos necesarios para que sea justo.

Juicio justo, debido proceso y suspensión

Aun en los casos donde esté involucrada una situación de emergencia que amenaza la independencia o seguridad de un Estado, los componentes fundamentales del derecho al debido proceso y a un juicio justo deben ser respetados.

En el ámbito interamericano de protección a los derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos menciona en su artículo 27 aquellos derechos que no pueden ser suspendidos incluso en situaciones de excepción. Aunque el artículo 8°, que enmarca las garantías judiciales, no figura en dicha lista, los Estados no tienen la libertad para suspender las protecciones fundamentales del debido proceso, ya que éstas forman parte de las garantías judiciales que son esenciales para la protección de los derechos no derogables y pueden, por lo tanto, considerarse como no derogables. Es así que la vigencia de ciertos medios de defensa constitucionales, como el *habeas corpus* y el amparo, en situaciones de excepción permiten al Poder Judicial examinar la razonabilidad y la proporcionalidad de las medidas que son desplegadas por parte de la autoridad (García Ramírez, p. 531).

No obstante lo anterior, pueden existir algunos aspectos restringidos del derecho al debido proceso y a un juicio justo cuya suspensión, en circunstancias absolutamente excepcionales, podrían ser admisibles cumpliendo, siempre y cuando, con los principios de proporcionalidad y no discriminación, y quedando sujetas a la supervisión de órganos competentes (Del Campo, p. 438).

Uno de los derechos dentro del debido proceso que puede ser suspendido es el derecho a un juicio público. Éste ha de suspenderse cuando se considere necesario por interés de la justicia o por motivos de seguridad, orden público e interés de las personas menores de edad.

Por otra parte, al momento de investigar o de procesar delitos –incluidos los de terrorismo–, pueden en algunas instancias surgir amenazas contra la vida o la integridad de las y los testigos. Sin embargo, dichas consideraciones tal vez no sirvan como base para comprometer las protecciones inderogables de una persona acusada, sino que el Estado debe diseñar procedimientos mediante los cuales se proteja el anonimato de las y los testigos sin comprometer los derechos de la persona acusada a un juicio imparcial.

Otros aspectos del debido proceso

Para el ex presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, el debido proceso no se agota únicamente con las garantías de un juicio justo, sino que requiere que "un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables" (García Ramírez, p. 531).

Asimismo, considera que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos existen otras disposiciones que se encuentran íntimamente ligadas con el debido proceso. Entre ellas están (García Ramírez, pp. 524-531):

- *El derecho a la tutela de la vida*, que abarca la posibilidad de que la persona condenada a muerte pueda combatir la sentencia a través del indulto, la amnistía o la conmutación debidamente reglamentados (artículo 4°).
- *El derecho a la integridad personal*, que incluye temas importantes para la materia como la prohibición de la tortura y otros malos tratos, la separación de las personas procesadas con respecto a las sentenciadas, y los tribunales especializados y el tratamiento para personas menores de edad que infringen la ley penal (artículo 5°).
- *El derecho a la libertad personal*, que considera aspectos relacionados con la privación de la libertad, exclusión de detenciones arbitrarias, información sobre las razones de la detención y los cargos formulados, control judicial y plazo razonable –diferente del plazo razonable para el conjunto del enjuiciamiento–, y decisión judicial acerca de la legalidad de la medida (artículo 7°).

El debido proceso en el ámbito penal internacional

Los métodos de cooperación entre los Estados, como la investigación, el procesamiento y la sanción de delitos transnacionales, también están sujetos al debido proceso y a otros requisitos que emanan de los tratados internacionales de derechos humanos.

Así, las reglas del derecho penal internacional incorporan prácticamente todas las normas del derecho internacional de los derechos humanos en relación con las garantías del debido proceso penal, aunque con algunos matices (Saavedra, pp. 494 y 495).

Debido a que el propósito principal de la justicia penal internacional es reparar o remediar las violaciones más graves a los derechos humanos, estos mismos derechos deben ser igualmente respetados durante los procesos penales internacionales. Si se supone que los tribunales internacionales deben auxiliar en los procesos de reconciliación, de paz y de justicia transicional también deben, por lo tanto, seguir estándares éticos y jurídicos que proporcionen la confianza no sólo a la propia comunidad internacional sino también a las propias personas que, de alguna u otra forma, han sufrido las consecuencias de los hechos que se pretenden juzgar (Saavedra, p. 495).

Como ya se mencionó, los principios generales del derecho penal sobre los cuales recae el debido proceso, adquieren características especiales en el ámbito penal internacional; entre las principales se deben destacar:

- *Nullum crime sine lege*. Señala que un Estado no puede invocar su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales. De modo que si en la legislación interna del Estado no está tipificado algún delito de carácter internacional, ello no impide que la o el responsable pueda ser juzgado por un tribunal internacional (Saavedra, p. 477).
- *Nulla poena sine lege*. Este principio tiene una particular dificultad, ya que el derecho penal internacional no establece sanciones específicas debido a que funciona de manera subsidiaria; por lo tanto, lo ideal es que los Estados sean quienes tipifiquen los delitos en su ámbito interno y establezcan las sanciones correspondientes (Saavedra, p. 479).
- *Non bis in idem*. En el derecho penal internacional, el hecho de que una persona haya sido juzgada por un crimen en el ámbito interno de su Estado no significa que no pueda ser juzgada por un tribunal internacional, ya que muchas veces los Estados no cuentan con las medidas o los recursos suficientes para procesarla de manera correcta. Por ello, la comunidad internacional ha recurrido a la creación de tribunales penales internacionales para evitar que los delitos queden impunes y que los Estados invoquen razones de soberanía para encubrir o tolerar a quienes son responsables (Saavedra, p. 482).
- *Detención preventiva*. En los procesos penales internacionales la prisión provisional parece ser la regla más que la excepción. Por ejemplo, en el caso del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, la detención preventiva debe ocurrir desde que la persona acusada llega a la sede del Tribunal y sólo después podrá ordenarse su libertad provisional, previa opinión tanto del país anfitrión como del país al cual la persona acusada busca ser enviada, y siempre asegurando que comparecerá durante el juicio y que su libertad no representa un daño para las víctimas, testigos o cualquier otra persona (Saavedra, p. 486).
- *Plazo razonable*. Aplicar el recurso del plazo razonable no siempre es posible debido a la complejidad tanto de los hechos como del trámite mismo, aunado a los limitados recursos de los tribunales penales internacionales. Asimismo, es necesario recordar que la cooperación del Estado es indispensable para la obtención de pruebas, la recopilación de documentos y la presentación de testigos, por lo que el retraso indebido en los procesos no siempre es completamente imputable a las Cortes (Saavedra, pp. 488 y 489).



MATERIAL DE ESTUDIO

Bibliografía obligatoria

DEL CAMPO, AGUSTINA, *El derecho al debido proceso y a un juicio justo en el sistema interamericano de derechos humanos*, material preparado para el diploma postítulo en Derechos humanos y juicio justo, Chile, Universidad de Chile, 2009, 47 pp.

SAAVEDRA ÁLVAREZ, YURIA, "Las garantías del debido proceso en el derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 247, México, UNAM, 2007, pp. 289-317.

GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, "El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 117, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, septiembre-diciembre de 2006, pp. 637-670.

LECTURA 1

Tomada de: Agustina Del Campo, *El derecho al debido proceso y a un juicio justo en el sistema interamericano de derechos humanos*, material preparado para el diploma postítulo en Derechos humanos y juicio justo, Chile, Universidad de Chile, 2009, 47 pp.

El derecho al debido proceso y a un juicio justo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Agustina Del Campo

El tema del derecho al debido proceso y a un juicio justo ha sido extensamente desarrollado en el orden internacional, tanto por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como por el sistema de Naciones Unidas y otros sistemas regionales de derechos humanos. El presente documento pretende dar una breve introducción a las lecturas asignadas; además, se adjuntan extractos de informes y sentencias de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente, que pretenden informar la lectura de los documentos anteriores y facilitar el análisis crítico de los estándares internacionales en la materia.

Introducción a los materiales:

El propósito del presente curso dista de ser la mera imposición unilateral de conceptos amorfos establecidos desde la órbita internacional para la aplicación e implementación doméstica de los mismos. Por el contrario, y dado que los estándares internacionales se alimentan de las conflictivas y avances nacionales, lo que el curso pretende es fomentar el diálogo y el análisis crítico de los estándares regionales y nacionales en materia de debido proceso.

Así, la primera lectura seleccionada para la presente sección es el capítulo sobre debido proceso publicado en el libro “La Jurisprudencia de la Corte Interamericana” de la Profesora Cecilia Medina Quiroga. Siguiendo la estructura del artículo 8 de la Convención Americana, la Profesora Medina Quiroga hace un racconto de los estándares desarrollados por la Corte Interamericana en materia de debido proceso, señalando los avances y retrocesos característicos de nuestro sistema. La recopilación dista de ser una enumeración *numerus clausus* de conceptos aplicables en la materia. En cambio, ofrece un panorama a mi entender bastante acertado, de los principios que la Corte ha desarrollado y aquellos que aun no ha sabido o no ha podido desarrollar con toda la precisión deseable. Así por ejemplo, la Profesora Medina, critica la interpretación expansiva que la Corte Interamericana hizo respecto de la aplicabilidad del Art.8 inciso 2 a todos los procesos, incluso a aquellos no penales; y destaca como un desarrollo importantísimo la posición asumida por la Corte al atribuirle la característica de “progresividad” a las garantías mínimas.¹

De la misma manera, en el capítulo sobre “El principio de legalidad y retroactividad y el derecho a indemnización por error judicial,” la Profesora Medina describe brevemente el contenido de los artículos 9 y 10 de la Convención Americana, destacando la falta de

¹ Cecilia Medina Quiroga, La Convención Americana: teoría y jurisprudencia, p.333, citando OC-16/99, parra. 117.

jurisprudencia al respecto, especialmente respecto del derecho a indemnización por error judicial, debida ante todo a la ambigüedad en la redacción del artículo y la conflictiva en torno a su definición y alcance.

La combinación de los dos capítulos del libro de la profesora Medina Quiroga nos dan una aproximación al tema del debido proceso y las garantías mínimas contenidas en la Convención Americana. Dicho análisis legal y jurisprudencial sienta la base común sobre la cual se debatirán la bibliografía adicional y, durante la sesión presencial, los casos prácticos.

El capítulo del libro Justicia Penal y Derechos Humanos de Alberto Bovino, “Contra la Inocencia,” cuestiona la entereza y vigencia de la presunción de inocencia en el derecho penal moderno. El autor hace un análisis teórico-práctico de la presunción de inocencia, enfatizando su convivencia (o falta de) con la prisión preventiva y su justificación como institución tradicional del derecho penal. El autor concluye que existe una necesidad de redefinir el principio de la presunción de inocencia, que se fundaría no solo en la realidad, que nos revela una severa inconsistencia entre el principio de inocencia y los altos porcentajes de presos sin condena; sino en la misma historia y concepción del principio de inocencia en los tiempos del iluminismo. En este sentido, el autor sostiene que una definición más realista del principio de inocencia sería igualarlo al principio de proporcionalidad, que garantiza que aquel que aun no ha sido condenado no puede ni debe ser tratado con la misma severidad con la que es tratado quien ha sido efectivamente condenado conforme al derecho penal.

El análisis de Bovino cuestiona la existencia misma del principio de presunción de inocencia como garantía del derecho nacional e internacional. La crítica al principio y el carácter utópico que Bovino le atribuye abre un debate interesante, sobre todo dada la atención y el desarrollo del que ha sido objeto este principio por parte de diversos organismos y tribunales nacionales (de derecho común y de derecho civil) e internacionales (regionales y universales).

El último extracto al que me referiré brevemente es el del libro de José I. Caferatta, “La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino.” El capítulo al cual me refiero es el de “El derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva.” En este capítulo, el autor analiza el desarrollo nacional argentino en materia de reconocimiento de los derechos de las víctimas y participación de las mismas en el proceso penal. El autor señala la influencia de la jurisprudencia interamericana en esta materia como uno de los factores fundamentales que alentaron el desarrollo de prácticas más inclusivas de las víctimas. Además, sostiene que el ordenamiento internacional prestaría suficiente fundamento para habilitar la instancia de reparación civil independientemente del desarrollo del proceso penal. El capítulo por su parte también ofrece algunas consideraciones sobre el derecho de las víctimas a la sanción penal del responsable y el derecho a la reparación, que subyace toda violación a los derechos humanos.

Esta compilación de materiales pretende entonces generar una base común que permita

identificar la normativa legal aplicable y los estándares interamericanos en la materia; Además, las lecturas pretenden fomentar la crítica razonada de esta normativa y jurisprudencia, a fin de facilitar la comprensión y el dialogo entre actores de diversos orígenes nacionales.

Introducción a los extractos adjuntos:

El Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), elaborado y publicado en el año 2002, hace una exposición clara y sistemática del tema. Además, el Informe incluye numerosas notas a pie de página que guiarán al lector a las fuentes primarias del derecho que se expone, para ahondar en el tema que al lector le interese. El siguiente extracto pertenece a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *López Álvarez vs. Honduras* y el voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en dicho caso, donde se trata el tema del plazo razonable y el derecho a la comunicación de los cargos imputados. Finalmente el tercer extracto pertenece al caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, donde se tratan algunas cuestiones más sutiles del debido proceso y las garantías judiciales. Los dos casos incluidos en estos materiales serán a su vez debatidos durante el curso presencial.

La compilación siguiente incluye preguntas que pretender facilitar la lectura y el análisis de las problemáticas analizadas por la Corte y la Comisión Interamericanas en materia de debido proceso.

Informe sobre Derechos Humanos y Terrorismo Comisión Interamericana de Derechos Humanos

OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr. 22 octubre 2002.

(Los números de las notas al pie de página no corresponden al documento original)

[...]

D. Derechos al debido proceso y a un juicio justo

1. Derecho internacional de los derechos humanos

217. Dentro del sistema interamericano de derechos humanos, los derechos al debido proceso y a un juicio justo están establecidos fundamentalmente en los artículos XVIII y XXVI de la Declaración Americana y los artículos 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señalan lo siguiente:

Declaración Americana

XVIII. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

XXVI. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas

Convención Americana

8.1 Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

9. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

218. Como es evidente en los textos anteriores, que reflejan protecciones también establecidas en otros instrumentos regionales e internacionales de derechos humanos,² estas disposiciones garantizan protecciones sustantivas y procesales fundamentales en la determinación de acusaciones de carácter penal. Ta como se discutirá en más detalle adelante, estas garantías están definidas abarcando ciertos principios fundamentales del derecho penal, incluido el derecho a que se presuma la inocencia, y los principios *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*, y *non-bis-in-idem*. También se protege el derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial, y un número no taxativo de garantías procesales que se consideran esenciales para un juicio justo.

219. Las normas y principios consagrados en las protecciones mencionadas, son relevantes no sólo para los procesos penales, sino también, *mutatis mutandis*, para otros procedimientos a través de los cuales se determinen los derechos y obligaciones de carácter

² Véase, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, nota 65 *supra*, artículo 11; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nota 66 *supra*, artículos 14 y 15; Convención Europea sobre Derechos Humanos, nota 137 *supra*, artículos 6 y 7. El artículo 40 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, prescribe protecciones similares específicamente relativas a los procedimientos que involucran a niños y que han sido objeto de consideración por la Comisión, nota 122 *supra*. Véase, por ejemplo, el Caso Rivas, nota 408 *supra*.

civil, laboral, fiscal y de otra índole.³ Conforme se elaborará en la Parte III(H), *infra*, los procedimientos no penales a los que se aplican ciertas garantías del debido proceso en éste y en otros sistemas de derechos humanos incluyen procedimientos relacionados con la detención, el *status* y la devolución de extranjeros.⁴

220. También es necesario observar en este punto que ciertas convenciones multilaterales que procuran combatir el terrorismo y sus diversas manifestaciones, establecen específicamente que las personas acusadas de delitos relacionados con el terrorismo deben contar con las garantías legales del debido proceso en todo procedimiento que se adelante contra ellas.⁵

221. De acuerdo con la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, articulada a través de las opiniones y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de los informes especiales y de los informes sobre casos individuales de la Comisión, los componentes de los requerimientos de un juicio justo y del debido proceso comportan ciertos requisitos y restricciones esenciales. A continuación se examinan varios de los más pertinentes de estos atributos.

a. Principios fundamentales del derecho penal

222. Entre los principios más fundamentales para el proceso penal que son reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos están la presunción de inocencia, el principio *non-bis-in-idem* y los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, así como el precepto de que nadie puede ser condenado por un delito excepto sobre la base de la responsabilidad penal individual.⁶ La inclusión de estos principios en los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, en

³ Véase Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional, Sentencia del 31 de enero de 2001, Ser. C. N° 7, párrs. 69, 70 (donde se llega a la conclusión de que las garantías mínimas establecidas en el artículo 8(2) de la Convención no se limitan a los procedimientos judiciales en sentido estricto, sino que también se aplican a los procedimientos que involucran la determinación de derechos y obligaciones de naturaleza civil, laboral, fiscal y de otra índole). Véase también Corte IDH, Opinión Consultiva 11/90, Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (artículos 46.1, 46.2.a) y 46.2.b); Convención Americana sobre Derechos Humanos), 10 de agosto de 1990, Series A. N° 11, párr. 28. Véase, análogamente, Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General 13, artículo 14 (Sesión 21ª, 1984), Compilación de Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptados por los Órganos de los Tratados de Derechos Humanos, ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, 14 (1994), párr. 2 [en adelante, Observación General N° 13 del Comité de Derechos Humanos de la ONU].

⁴ Véase, por ejemplo, Caso 11.610, Informe N° 49/99, Loren Laroye Riebe Star y otros (México), Informe Anual de la CIDH (1998), párrs. 46, 65-70 (en que se aplica el artículo 8(1) de la Convención Americana en el contexto de procedimientos administrativos que dan lugar a la expulsión de extranjeros); Caso Ferrer-Mazorra y otros, nota 114 *supra*, párr. 213; CIDH, Informe sobre Canadá (2000), nota 338 *supra*, párrs. 109, 115; Caso 10.675, Informe 51/96, caso sobre la Interdicción de los Haitianos (Estados Unidos), Informe Anual de la CIDH (1993) párr. 180. Véase, análogamente, Comisión Europea de Derechos Humanos, Huber c. Austria, 1975 Y.B. Eur. Conv. on H.R., párrs. 69 a 71; Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Albert y Le Compte, 10 de febrero de 1983, Series A Vol. 58, párr. 39 (donde se consideran los principios del debido proceso a ser aplicados, *mutatis mutandis*, a las sanciones disciplinarias de carácter administrativo).

⁵ Véase, por ejemplo, la Convención de la ONU sobre Delitos contra Personas Protegidas Internacionalmente, nota 35 *supra*, artículo 9, "Toda persona respecto de la cual se sustancia un procedimiento en relación con uno de los delitos previstos en el artículo 2 gozará de las garantías de un trato equitativo en todas las fases del procedimiento"; Convención sobre el Terrorismo de 1971, nota 7 *supra*, artículo 4, conforme al cual "[t]oda persona privada de su libertad por aplicación de la presente Convención gozará de las garantías legales del debido proceso, y el artículo 8, según el cual, para cooperar en la prevención y sanción de los delitos previstos en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados contratantes aceptan las obligaciones siguientes: [...] (c) garantizar el más amplio derecho de defensa a toda persona privada de libertad por aplicación de la presente Convención; Convención Interamericana contra el Terrorismo, nota 8 *supra*, artículo 15(3) "A toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo a la presente Convención se le garantizará un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y las disposiciones pertinentes del derecho internacional".

⁶ Declaración Americana, nota 63 *supra*, artículo XXVI; Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículos 8(2), 8(4), 9.

los estatutos que rigen los tribunales penales internacionales,⁷ y en el derecho interno de los Estados⁸ sugiere su amplio reconocimiento como principios generales del derecho penal.

223. La Comisión ha subrayado desde hace tiempo el carácter axiomático de la presunción de la inocencia en los procesos penales y ha exhortado a los Estados a garantizar que la misma esté expresamente establecida en sus leyes internas.⁹ Es de anotar que esta presunción puede considerarse violada cuando la persona es detenida preventivamente bajo acusación penal durante un período prolongado sin la debida justificación, debido a que esa detención se transforma en una sanción y no en una medida cautelar, lo que equivale a anticipar una sentencia.¹⁰

224. Análogamente, un elemento central de los procesos penales es el principio *non-bis-in-idem*, que ha sido descrito por la Corte Interamericana, en el contexto del artículo 8.4 de la Convención Americana, como aquel que busca proteger los derechos de las personas a no ser sometidas a un nuevo juicio por la misma causa y hechos específicos por la que ya han sido juzgadas.¹¹ A este respecto, la Corte ha señalado que entre las circunstancias que impedirían un nuevo juicio están los procedimientos en los cuales un tribunal ha tomado conocimiento de los hechos, circunstancias y pruebas relacionadas con los actos alegados, los ha evaluado y ha decidido que el acusado es inocente.¹²

225. Los principios de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sin lege*, también referidos conjuntamente como el principio de legalidad, prohíben que los Estados procesen o sancionen a personas por actos u omisiones que no constituían delitos penales según la legislación aplicable en el momento en que fueron cometidos. Los órganos de derechos humanos del sistema interamericano también han interpretado el principio de legalidad en el sentido de exigir que los delitos estén definidos sin ambigüedades.¹³ De acuerdo con este requisito, los delitos deben tipificarse en términos precisos e inequívocos que definan con precisión el delito sancionable. Esto a su vez requiere una clara definición de la conducta penalizada, estableciendo sus elementos y los factores que la distinguen de comportamientos que no son delitos sancionables o son sancionables por otras penas.¹⁴ Como lo ha observado la Corte Interamericana, “la ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad”.¹⁵ Relacionada con estos principios está la prohibición general de la imposición de una pena más grave que la que sea

⁷ Véase Estatuto de Roma, nota 31 *supra*, artículos 22-23; Estatuto del TPIR, nota 505 *supra*.

⁸ Véase, en general, M. Cherif Bassouni, *Human Rights in the Context of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections and Equivalent Protections in National Constitutions*, 3 DUKE J. COMP. & INT'L L. 235, 267-293 (1993).

⁹ Véase, por ejemplo, CIDH, Informe sobre Argentina (1980), nota 27 *supra*, pág. 224; CIDH, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Nicaragua (1981), 30 de junio de 1981, OEA/Ser.L/V/II.83, doc. 25, págs. 88-9, 93, 168 [en adelante, CIDH, Informe sobre Nicaragua (1981)].

¹⁰ Caso Suárez Rosero, nota 330 *supra*, párr. 77.

¹¹ Caso Loayza Tamayo, nota 395 *supra*, párr. 66.

¹² Caso Loayza Tamayo, nota 395 *supra*, párr. 76. Véase también Caso Jorge Alberto Giménez, nota 330 *supra*, párrs. 77-80.

¹³ Véase, por ejemplo, CIDH, Informe sobre Perú (2000), nota 27 *supra*, párrs. 80, 168; Cort IDH, Caso Castillo Petrucci y otros, nota 55 *supra*, párr. 121.

¹⁴ Véase, por ejemplo, Caso Castillo Petrucci y otros, nota 55 *supra*, párr. 121.

¹⁵ Caso Castillo Petrucci y otros, nota 55 *supra*, párr. 121.

aplicable en el momento en que se cometió el delito penal, así como el derecho a beneficiarse de una sanción más leve si ésta ha sido adoptada en legislación posterior a la comisión del delito.¹⁶

[...]

227. Por último, los procesos penales deben cumplir con los requisitos fundamentales de que nadie debe ser condenado por un delito excepto sobre la base de la responsabilidad penal individual y con el corolario de este principio que prohíbe la responsabilidad penal colectiva.¹⁷ Este principio ha recibido particular atención en el contexto de los procesos penales posteriores a la Segunda Guerra Mundial, debido en gran medida a la oposición de la opinión pública internacional a que se condenara ciertas personas por el único hecho de haber integrado un grupo o una organización.¹⁸ Sin embargo, esta restricción no impide el procesamiento de personas con base en elementos de la responsabilidad penal individual tales como la complicidad o la incitación, ni impide responsabilizar a una persona sobre la base de la doctrina claramente establecida de la responsabilidad superior.¹⁹

b. Derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial previamente establecido por ley

228. El derecho a un juicio ante un tribunal competente, independiente e imparcial previamente establecido por la ley, ha sido interpretado por la Comisión y por la Corte Interamericana en el sentido de que comporta ciertas condiciones y estándares que deben ser satisfechos por los tribunales encargados de juzgar la sustanciación de toda acusación de carácter penal o la determinación del derecho o las obligaciones de las personas de carácter civil, fiscal, laboral o de otra índole. Buena parte de la jurisprudencia interamericana existente en esta esfera se ha desarrollado a través de la consideración y condena de ciertas prácticas específicas con las que los Estados Miembros se han empeñado en responder al terrorismo y a otras amenazas y que se ha considerado no cumplen esas condiciones y estándares.

229. Este derecho a un juicio justo se sustenta en los conceptos fundamentales de la independencia e imparcialidad de la justicia que, al igual que los principios del derecho penal enumerados anteriormente, son ampliamente considerados como principios generales del derecho internacional indispensables para la debida administración de justicia y la protección de los derechos humanos fundamentales.²⁰ El requisito de independencia, a su vez, requiere que los tribunales sean autónomos de otras ramas del gobierno, estén libres de influencias, amenazas o interferencias de cualquier origen o por cualquier razón, y cuenten con otras características necesarias para garantizar el cumplimiento apropiado e independiente de las

¹⁶ Véase la Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 9; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nota 66 *supra*, artículo 15. Véase, análogamente, Primer Protocolo Adicional, nota 68 *supra*, artículo 75(4)(c); Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículo 6(2)(c).

¹⁷ Véase Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 5(3) "La pena no puede trascender de la persona del delincuente".

¹⁸ Véase, en general, EL COMENTARIO CICR SOBRE LOS PROTOCOLOS ADICIONALES, nota 210 *supra*, 880-881. Ver además el Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 33 (donde se dispone en parte que ninguna persona protegida puede ser sancionada por un delito que no haya cometido personalmente. Las sanciones colectivas y, análogamente, todas las medidas de intimidación y terrorismo, están prohibidas); Primer Protocolo Adicional, nota 68 *supra*, artículo 75(4)(b); Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículo 5(2)(b); Estatuto del TPIY, nota 222 *supra*, artículo 7, Estatuto del TPIR, nota 505 *supra*, artículo 6; Estatuto de Roma, nota 31 *supra*, artículo 25. El Informe del Secretario General de la ONU (1993), nota 189 *supra*, párr. 51 (en que se desestima mantener, para los fines de la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, la responsabilidad penal de las personas en razón de su membresía en una asociación u organización que se considera criminal).

¹⁹ Para ejemplos de causales de responsabilidad penal individual, véase, por ej., Estatuto del TPIY, nota 222 *supra*, artículo 7; Estatuto del TPIR, nota 505 *supra*, artículo 6; Estatuto de Roma, nota 31 *supra*, artículo 25.

²⁰ Véase por ejemplo, Informe del Relator Especial sobre la Independencia e Imparcialidad de la Justicia, presentado de acuerdo con la Resolución 1994/41 de la Comisión de Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos, 51° Período de Sesiones, 6 de febrero de 1995, E/CN.4/1995/39, párr. 34.

funciones judiciales, incluidas la estabilidad de un cargo y la capacitación profesional adecuada.²¹ La imparcialidad de los tribunales debe ser evaluada desde una perspectiva subjetiva y objetiva para garantizar la inexistencia de un prejuicio real de parte del juez o el tribunal, así como garantías suficientes para evitar toda duda legítima en este sentido. Estos requisitos, a su vez, exigen que el juez o el tribunal no abriguen sesgo real alguno en un caso en particular y que el juez o el tribunal no sean razonablemente percibidos como inclinados por un sesgo de ese tipo.²²

230. En el contexto de estos requisitos fundamentales, la jurisprudencia del sistema interamericano ha venido denunciando desde hace tiempo la creación de cortes o tribunales especiales que desplazan la jurisdicción que pertenece a las cortes ordinarias o tribunales judiciales y que no utilizan los procedimientos debidamente establecidos del proceso legal.²³ Ello ha incluido en particular el uso de tribunales especiales o comisiones militares *ad hoc* para procesar a civiles por delitos contra la seguridad en tiempos de emergencia, práctica que ha sido condenada por esta Comisión, por la Corte Interamericana y por otras autoridades internacionales. El fundamento de esta crítica se ha relacionado en gran parte con la falta de independencia de estos tribunales frente al ejecutivo y la ausencia de garantías mínimas del debido proceso y de un juicio justo en sus actuaciones.²⁴

231. Ha sido ampliamente reconocido a este respecto que los tribunales militares, por su propia naturaleza, no satisfacen los requisitos de un tribunal independiente e imparcial aplicable a los procesos de civiles porque no forman parte de la justicia civil independiente sino del poder ejecutivo, y debido a que su propósito fundamental es mantener el orden y la disciplina sancionando los delitos militares cometidos por los integrantes de la comunidad militar. En tales instancias, funcionarios militares asumen el papel de jueces, mientras que al mismo tiempo siguen siendo subordinados de sus superiores de acuerdo con la jerarquía militar establecida.²⁵

²¹ Véase, por ejemplo, CIDH, Informe sobre Chile (1985), nota 114 *supra*, Capítulo VIII, párr. 139; CIDH, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Haití (1995), MRE/RES.6/94 OEA/Ser.L/V/II.88, 9 de febrero de 1995, Capítulo V, párrs. 276-280; CIDH, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Ecuador (1997), OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997, Capítulo III; CIDH, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en México (1998), 24 de septiembre de 1998, OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 7 rev.1, 24 de septiembre de 1998, Capítulo V, párrs. 393-398.

²² Caso *Andrews*, nota 243 *supra*, párrs. 159-161. Véase, análogamente, Corte Europea de Derechos Humanos, *Findlay c. Reino Unido*, 25 de febrero de 1997, *Reports 1997-I*, pág. 281, párr. 73.

²³ Véase, por ejemplo, CIDH, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Chile, Doc. OEA/Ser.L/V/II.34, 25 de octubre de 1974; CIDH, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Uruguay, Doc. OEA/Ser.L/V/II.43, 31 de enero de 1978; CIDH, Informe de la CIDH sobre Nicaragua (1981), nota 551 *supra*; CIDH, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Guatemala, Doc. OEA/Ser.L/V/II.61, 5 de octubre de 1983 [en adelante, CIDH, Informe sobre Guatemala (1983)]; CIDH, Informe sobre Chile (1985), nota 114 *supra*, párr. 139; Caso *Castillo Petruzzi y otros*, nota 55 *supra*, párr. 129, donde se citan los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptadas por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985. Principio 5 [en adelante, Principios Básicos de la Independencia de la Judicatura]. Véase, análogamente, Observación General N° 13 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, nota 545 *supra*, párr. 4.

²⁴ Véase, por ejemplo, *Diez Años de Actividades*, nota 1 *supra*, 331; CIDH, Informe sobre Nicaragua (1981), nota 551 *supra*, pág. 62 y siguientes; CIDH, Informe sobre Chile (1985), nota 114 *supra*, párr. 190 y siguientes. Véase, análogamente, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Zand c. Austria*, Solicitud N° 7360/76, 12 de octubre de 1978, párr. 69 (en que se sostiene que el objeto y propósito de la Cláusula en el artículo 6(1) [de la Convención Europea de Derechos Humanos] que requiere que la Corte sea establecida por la ley, que la organización judicial en una sociedad democrática no debe depender de la discreción del ejecutivo, sino que debe estar regulada por la legislación que emane del parlamento". (Traducción por la Comisión); Principios Básicos de la Independencia de la Judicatura, nota 569 *supra*, Principio 4 (en que se declara: No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley).

²⁵ Véase, por ejemplo, Informe de la CIDH sobre Chile (1985), nota 114 *supra*, Capítulo VIII, párr. 140; Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, Capítulo V, párr. 25.

232. Esto no quiere decir que los tribunales militares no tengan razón de ser en los sistemas judiciales militares de los Estados miembros. La Comisión ha reconocido a este respecto que los tribunales militares pueden en principio constituir un tribunal independiente e imparcial para los efectos del procesamiento de integrantes de las fuerzas armadas por ciertos delitos realmente relacionados con el servicio y la disciplina militares, que por su naturaleza puedan lesionar los intereses jurídicos de las fuerzas armadas, siempre que lo hagan con pleno respeto por las garantías judiciales.²⁶ Sin embargo, en estos tribunales no pueden juzgarse violaciones de los derechos humanos u otros delitos que no guarden relación con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares, los que deben someterse a los tribunales ordinarios.²⁷ Tampoco puede juzgarse a civiles en los tribunales militares, aunque ciertos órganos supervisores de los derechos humanos han considerado que, en circunstancias excepcionales puede recurrirse a tribunales militares o especiales para juzgar a civiles, siempre que se garantice el cumplimiento de los requisitos mínimos del debido proceso.²⁸ Durante los conflictos armados, los tribunales militares de un Estado también pueden juzgar a combatientes privilegiados y no privilegiados siempre que garanticen los requisitos mínimos del debido proceso. En el artículo 84 del Tercer Convenio de Ginebra, por ejemplo, se dispone expresamente que

Únicamente los tribunales militares podrán juzgar a un prisionero de guerra, a no ser que en la legislación de la Potencia detenedora se autorice expresamente que los tribunales civiles juzguen a un miembro de las fuerzas armadas de dicha Potencia por una infracción similar a la causante de la acusación contra el prisionero.

En ningún caso se hará comparecer a un prisionero de guerra ante un tribunal, sea cual fuere, si no ofrece las garantías esenciales de independencia y de imparcialidad generalmente reconocidas y, en particular, si su procedimiento no garantiza al acusado los derechos y los medios de defensa previstos en el artículo 105.²⁹

Si bien las disposiciones del derecho internacional humanitario aplicables a los combatientes no privilegiados, incluido el artículo 75 del Protocolo I, no se refieren específicamente a su susceptibilidad al juicio en tribunales militares, pareciera que no hay razón alguna para considerar que se aplicarán normas distintas a combatientes privilegiados y no privilegiados. En cualquier caso, los estándares del debido proceso a que tienen derecho los combatientes no privilegiados en modo alguno pueden estar por debajo de los previstos en el artículo 75 del Protocolo Adicional I.

233. Otra práctica denunciada por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos como contraria al derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial es el uso de los sistemas judiciales “sin rostro”, principalmente debido

²⁶ Véase Corte IDH, Caso Las Palmeras, Sentencia del 6 de diciembre de 2001, Serie C N° 90, párrs. 51-53; Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, Capítulo V, párr. 27. Véase, análogamente, Corte IDH, Caso Durand y Ugarte, 16 de agosto de 2000, Serie C. N° 68, párr. 117 (donde se indica que en un Estado democrático la jurisdicción militar “ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares”); Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Morris c. Reino Unido, 26 de febrero de 2002, Petición N° 38784/97, párr. 59.

²⁷ Véase, por ejemplo, Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, Capítulo V, párrs. 17, 27-32; Caso Asencios Lindo y otros, nota 6 *supra*, párrs. 114-128.

²⁸ Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos de la ONU, Fals Borda c. Colombia, Comm. N° 46/1979, 27 de julio de 1982; Observación General N° 13 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, nota 545 *supra*, párr. 4; Caso el Griego, nota 391 *supra*, párr. 328; Corte Europea de Derechos Humanos, Caso de Incal c. Turquía, 8 de junio de 1998, Informes 1998-IV, párr. 70.

²⁹ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 84.

a que el anonimato de los fiscales, jueces y testigos priva al acusado de las garantías básicas de la justicia.³⁰ El acusado, en tales circunstancias, no sabe quién lo está juzgando o acusando y, por tanto, no puede saber si la persona está calificada para ello, ni puede saber si existe algún fundamento para solicitar la recusación de esas autoridades alegando incompetencia o falta de imparcialidad. El acusado tampoco puede realizar ningún examen efectivo de los testigos de la contraparte, si no posee información alguna en relación con los antecedentes o motivaciones de los testigos, ni sabe cómo estos obtuvieron información acerca de los hechos en cuestión.³¹ Por estas razones, el uso de sistemas judiciales secretos ha sido catalogado por la Corte y la Comisión como una flagrante violación de la garantía esencial del debido proceso a ser juzgado por un juez o tribunal independiente e imparcial, y de la garantía relacionada con el carácter público de los juicios penales.³² Al mismo tiempo, conforme se analiza en la sección siguiente respecto de la suspensión del derecho a un juicio justo, debe reconocerse que los esfuerzos de investigación y enjuiciamiento de delitos, incluidos los de índole terrorista, pueden exponer a jueces y otros participantes en la administración de justicia, a amenazas contra sus vidas o su integridad. De hecho, los Estados tienen la obligación de tomar las medidas necesarias para prevenir la violencia contra los magistrados, abogados y otros participantes en la administración de justicia.³³ Esto, a su vez, puede exigir la adopción de ciertas medidas excepcionales para proteger la vida, la integridad física y la independencia de los jueces. Dichas medidas deben evaluarse caso por caso, aunque siempre disponiendo que su carácter o aplicación no comprometan las garantías inderogables de los encausados a un juicio justo, incluidos su derecho a la defensa y a ser juzgados por un tribunal competente, independiente e imparcial.

c. Derecho a un juicio dentro de un plazo razonable

234. Los componentes fundamentales del derecho al debido proceso y a un juicio justo incluyen también el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable. Si bien el concepto de plazo razonable no es fácil de definir, se han articulado ciertos requisitos previos en éste y en otros sistemas de derechos humanos que se consideran necesarios para dar debido efecto a este derecho. Se ha sostenido en particular que el concepto de plazo razonable abarca todo el proceso en cuestión, desde el primer acto del proceso hasta que se dicta una sentencia definitiva y firme, incluyendo toda apelación que se pueda haber interpuesto.³⁴ La razonabilidad de la duración de los procedimientos debe ser evaluada a la luz de las circunstancias específicas del caso, teniendo particularmente en cuenta la complejidad de la materia, la conducta de la parte interesada y la conducta de las autoridades.³⁵ El hecho de que un sistema judicial esté sobrecargado o no cuente con recursos suficientes, no puede de por sí justificar demoras prolongadas en los procesos penales, habida cuenta de la obligación de los Estados de regular los elementos del sistema procesal penal para garantizar que las personas sean juzgadas dentro

³⁰ Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, Capítulo V, párrs. 121-127; Informe Anual de la CIDH 1996, 658 (Colombia), 736 (Perú). Véase, análogamente, Comisión de la ONU sobre Derechos Humanos, Informe del Relator Especial de la ONU sobre la Independencia de Jueces y Abogados, Sr. Param Kumaraswamy, Misión a Perú, Doc. E/CN.4/1998/39/Add.1 (1998), párrs. 72-74.

³¹ Véase, por ejemplo, Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, Capítulo V, párrs. 121-127. Véase también *infra*, sección III(D), párrs. 238, 251.

³² CIDH, Informe sobre Perú (2000), nota 27 *supra*, Capítulo II, párrs. 102-103; Caso Castillo Petruzzi y otros, nota 55 *supra*, párr. 172.

³³ Véase, por ejemplo, Informe de la CIDH sobre Colombia, 1999, *supra* nota 110, párrafos 67-70.

³⁴ Caso Suárez Rosero, nota 330 *supra*, párrs. 70-72 (donde se concluye que el transcurso de cuatro años y dos meses entre el arresto de la víctima y la resolución sobre su apelación final excede holgadamente el plazo razonable previsto por la Convención y, por ende, viola los artículos 7(5) y 8(1) de ésta). Véase, análogamente, Observación General N° 13 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, nota 545 *supra*.

³⁵ Corte IDH, Caso Genie Lacayo, 29 de enero de 1997, Serie C N° 30, párr. 77, donde se cita a la Corte Europea de Derechos Humanos, Motta c. Italia, 19 de febrero de 1991, Serie A N° 195-A, párr. 30; Corte Europea de Derechos Humanos, Ruiz-Mateos c. España, 23 de junio de 1993, Serie A N° 262, párr. 30. Véase también Caso Desmond McKenzie, nota 272 *supra*, párrs. 258, 259; Caso Michael Edwards y otros, nota 102 *supra*, párrs. 218-219.

de un plazo razonable.³⁶ Además, en ciertos casos, una demora prolongada de por sí puede constituir una violación del derecho a un juicio justo, circunstancias en las cuales el Estado debe explicar y probar porqué le llevó más tiempo de lo normal dictar una sentencia definitiva en el caso en particular.³⁷ La Comisión ha observado que reiteradas demoras injustificadas en los procesos por presuntas violaciones de derechos humanos, contribuyen a la creación de un clima de impunidad en relación a esos delitos.³⁸

d. Derecho a las debidas garantías de un juicio justo

235. El derecho internacional de los derechos humanos requiere que, para que el proceso en un tribunal competente, independiente e imparcial sea justo, debe ir acompañado de ciertas debidas garantías que otorgan a la persona una oportunidad adecuada y efectiva para defenderse de los cargos que se le imputan. Si bien el principio rector en todo proceso debe ser siempre el de la justicia y si bien puede ser necesario contar con garantías adicionales en circunstancias específicas para garantizar un juicio justo,³⁹ se ha entendido que las protecciones más esenciales incluyen el derecho del acusado a la notificación previa y detallada de los cargos que se le imputan, el derecho a defenderse personalmente o mediante asistencia de abogado de su elección y --en los casos que así lo requiera la justicia-- gratuito, y a comunicarse libre y privadamente con su defensor. Estas protecciones también incluyen el derecho a un tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa, a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y la obtención de la comparecencia, como testigos, de expertos y otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos. Además, el acusado no puede ser obligado a prestar testimonio en su contra ni a declararse culpable, y debe otorgársele el derecho de apelar la sentencia ante una instancia superior y el derecho a un juicio público. En casos en que el acusado no entienda o no hable el idioma de la corte o el tribunal, debe ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete.

236. Ciertos aspectos de estas protecciones merecen un mayor comentario. En primer lugar, uno de los derechos más importantes del acusado en el proceso es el derecho a ser asistido por un defensor de su propia elección y, en circunstancias adecuadas, a ser asistido por un defensor gratuito, cuando así lo requiera el interés de la justicia.⁴⁰ Tanto la Comisión como la Corte Interamericana han observado a este respecto que en los procesos penales y en los que se relacionan con derechos y obligaciones de carácter civil, laboral, fiscal o de otra índole, las personas indigentes tienen derecho a un abogado gratuito cuando dicha asistencia sea necesaria para un juicio justo. Entre los factores que inciden en la determinación de la necesidad de la representación legal gratuita para un juicio justo, cabe mencionar el carácter significativo del proceso legal, su carácter legal y su contexto en un sistema jurídico determinado.⁴¹

³⁶ Caso Desmond McKenzie, nota 272 *supra*, párr. 262.

³⁷ Corte IDH, Hilaire, Constantine y Benjamin y otros c. Trinidad y Tobago, nota 272 *supra*, párrs. 143-145. Véase, análogamente, Caso Desmond McKenzie, nota 272 *supra*, párr. 260; Caso Jorge Alberto Giménez, nota 330 *supra*, párr. 101.

³⁸ Véase, por ejemplo, el informe de la CIDH sobre Colombia, (1999), *supra* nota 110, párrafo 62.

³⁹ Opinión Consultiva OC-11/90, nota 545 *supra*, párr. 24.

⁴⁰ Declaración Americana, nota 63 *supra*, artículos XVIII, XXVI; Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 8(2)(d), (e).

⁴¹ Véase Corte IDH, Hilaire, Constantine y Benjamin y otros c. Trinidad y Tobago, nota 272 *supra*, párr. 148; Opinión Consultiva OC-11/90, nota 545 *supra*, párrs. 25-29; Caso Desmond McKenzie, nota 272 *supra*, párrs. 311-316; Caso Michael Edwards y otros, nota 102 *supra*, párrs. 201-207. Véase también CIDH, Informe sobre Guatemala (1983), nota 569 *supra*, pág. 95; Informe de la Situación de Derechos Humanos en Suriname (1983), OEA/Ser.L/V/II.61, doc.6 rev.1, 5 de octubre de 1983, pág. 68. Véase, análogamente, Comité de Derechos Humanos de la ONU, Lloyd Grant c. Jamaica, Comunicación N° 353/1988 ONU Doc. CCPR/C/50/D/353/1988 (1994) párr. 86, (donde se interpreta que el artículo 14(3) del Pacto establece que el acusado no puede decidir si se le brinda un abogado gratuito); Corte Europea de Derechos Humanos, Quaranta c. Suiza, 24 de mayo de 1991, Serie A. N° 205.

237. El derecho a la asistencia de un abogado está a su vez íntimamente relacionado con el derecho del acusado a disponer de tiempo y medios suficientes para la preparación de su defensa,⁴² lo que requiere que todos los arrestados, detenidos o encarcelados dispongan de oportunidades, tiempo y facilidades adecuadas para ser visitados y para comunicarse y consultar a su abogado, sin demora, intercepción o censura y con total confidencialidad.⁴³ Este derecho, junto con el derecho del acusado a no declarar su culpabilidad bajo coerción de ningún tipo⁴⁴ también comporta la prerrogativa del acusado de que esté presente un abogado en todas las etapas importantes del proceso, particularmente cuando se le mantiene detenido, así como el derecho a que haya un abogado presente cuando brinde una declaración o sea objeto de interrogatorio.⁴⁵

238. La conducción efectiva de la defensa exige también el derecho de la persona afectada a interrogar o a que se interrogue a los testigos en su contra y a obtener la comparecencia de los testigos en su nombre, en las mismas condiciones en que lo hagan los testigos de la parte acusadora. Este requisito ha sido interpretado en el sentido de prohibir el que se le impida al acusado del derecho a contrainterrogar a los testigos cuyo testimonio es la base de los cargos que se le imputan.⁴⁶ Análogamente, debe otorgarse al acusado acceso a los documentos y demás pruebas en posesión y control de las autoridades, necesarias para la preparación de su caso.⁴⁷ Además, a efectos de preservar la confianza del público en los tribunales y proteger a los litigantes contra la administración de la justicia secreta y sin escrutinio público, las normas del debido proceso exigen que el juicio y el pronunciamiento de la sentencia se efectúen en público,⁴⁸ excepto en circunstancias excepcionales en que la justicia exija estrictamente lo contrario.

239. Una vez que se dicta en primera instancia una decisión desfavorable, debe también garantizarse el derecho de apelar la sentencia ante una instancia superior en cumplimiento de protecciones fundamentales del juicio justo.⁴⁹ Debe indicarse a este respecto

⁴² Declaración Americana, nota 63 *supra*, artículo XXVI, Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 8(2)(c). Véase en general, CIDH, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Panamá (1978), OEA/Ser.LV/II.44, doc. 38, rev.1, 22 de junio de 1978, Capítulo IV, pág. 116 [en adelante, CIDH, Informe sobre Panamá (1978)]; CIDH, Informe sobre Colombia (1981), nota 27 *supra*, Capítulo V, pág. 181.

⁴³ Véase Caso Castillo Petrucci y otros, nota 55 *supra*, párr. 139, donde se citan los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) de 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev. 1, 118 (1990) [en adelante, Principios Básicos de la ONU sobre la Función de los Abogados], Principio 8. Véase también Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, Capítulo V, párr. 115; Conjunto de Principios de la ONU, nota 335 *supra*, Principios 11 y 17; Observación General N° 13 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, nota 545 *supra*.

⁴⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 8(3).

⁴⁵ Véase, por ejemplo, Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, Capítulo V, párr. 97; Informe Anual de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, 1985-1986, OEA/Ser.LV/II.68, Doc. 8 Rev. 1, 26 de septiembre de 1986, 155; CIDH, Informe sobre Guatemala (1983) nota 569 *supra*, 91.

⁴⁶ Caso Castillo Petrucci y otros, nota 55 *supra*, párrs. 153, 154, donde se cita la Corte Europea de Derechos Humanos en el Caso de Barberà, Messegué y Jabardo, 6 de diciembre de 1998, Ser. A N° 146, párr. 78 y Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Bónisch, 6 de mayo de 1985, Ser. A N° 92, párr. 32.

⁴⁷ Véase, por ej., Observación General N° 13 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, nota 545 *supra*, párr. 9; Principios Básicos de la ONU sobre la Función de los Abogados, nota 589 *supra*, artículo 21 ("Las autoridades competentes tienen la obligación de velar por que los abogados tengan acceso a la información, los archivos y documentos pertinentes que estén en su poder o bajo su control con antelación suficiente para que puedan prestar a sus clientes una asistencia jurídica eficaz").

⁴⁸ CIDH, Informe sobre Perú (2000), nota 27 *supra*, párrs. 102-105; Corte IDH, Caso Castillo Petrucci y otros, nota 55 *supra*, párr. 172. Véase, análogamente, Corte Europea de Derechos Humanos, Axen c. Alemania, 8 de diciembre de 1983, Serie A. N° 72, párr. 25.

⁴⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 8(2)(h). Véase en general, CIDH, Informe sobre Panamá (1978), nota 588 *supra*, párr. 116; Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Nicaragua (1981), nota 551 *supra*, pág. 168. Véase, análogamente, Informe del Secretario General de la ONU (1993), nota 189 *supra*, párr. 116 (donde se afirma que el derecho de apelación "es un elemento fundamental de los derechos

que las normas de imparcialidad e independencia prescritas para un juicio justo en primera instancia son igualmente aplicables a los tribunales de apelaciones.⁵⁰ Es sobre esta base, por ejemplo, que la Corte Interamericana ha llegado a la conclusión de que el derecho de apelación no se satisface meramente con la existencia de un tribunal superior al que ha juzgado y condenado al acusado y al que este último pueda recurrir.⁵¹ Para que exista una revisión legítima y válida de la sentencia en cumplimiento de las normas de derechos humanos, el tribunal superior debe contar con autoridad jurisdiccional para examinar los méritos del caso específico en cuestión y debe satisfacer los requisitos que un tribunal debe reunir para ser justo, imparcial e independiente y previamente establecido por ley.⁵² Se ha sostenido también que estas normas se aplican respecto de procedimientos militares en tiempos de guerra tales como los procesos ante cortes marciales.⁵³

e. Procesos civiles y de otro tipo

240. Si bien el cumplimiento de las protecciones que se acaban de describir ha sido muy frecuentemente evaluado por la Comisión Interamericana y la Corte en el contexto de procesos penales, los requisitos de un juicio justo y del debido proceso no se limitan, como se indicó, a tales procedimientos. También son aplicables, *mutatis mutandis*, a los procedimientos no penales para la determinación de los derechos y obligaciones de las personas de carácter civil, laboral, fiscal o de otra índole.⁵⁴ La Comisión ha considerado muy detenidamente los requisitos de un juicio imparcial en los procedimientos administrativos especialmente en relación a las leyes y prácticas de inmigración de los Estados, que se examinan en más detalle en la Parte III(H), *infra*.

f. Cooperación entre los Estados en materia penal

241. También sujetos al debido proceso y a otros requisitos de las protecciones internacionales de derechos humanos están los métodos de cooperación entre los Estados en la investigación, procesamiento y sanción de delitos internacionales, transnacionales y nacionales. Los procesos de esta naturaleza incluyen la extradición de los delincuentes sospechosos para su procesamiento penal,⁵⁵ la transferencia entre los Estados de testigos y presos en el contexto de los procedimientos penales, y varias modalidades de asistencia legal mutua en materia penal.⁵⁶ Algunos aspectos de estos métodos de cooperación están reflejados en los tratados bilaterales⁵⁷ y multilaterales,⁵⁸ cartas rogatorias y demás prácticas consuetudinarias entre los Estados,⁵⁹ y la

civiles y políticos individuales". (Traducción por la Comisión); Estatuto del TPIY, nota 222 *supra*, artículo 25 y siguientes; Estatuto del TPIR, nota 505 *supra*, artículo 24 y siguientes.

⁵⁰ De acuerdo con la Corte Europea de Derechos Humanos, este requisito deriva en parte del hecho de que "intrínsecamente, en la naturaleza misma de un tribunal independiente, está la facultad de dictar decisiones obligatorias que no serán alteradas por una autoridad no judicial". (Traducción por la Comisión). Caso *Morris*, nota 572 *supra*, párr. 73.

⁵¹ Caso *Castillo Petruzzi et al.*, nota 55 *supra*, párr. 161.

⁵² *Id.*

⁵³ CIDH, Informe sobre Chile (1985), nota 114 *supra*, Capítulo VIII, párr. 173.

⁵⁴ Caso del Tribunal Constitucional, nota 545 *supra*, párrs. 69-70.

⁵⁵ Como se indica en la Parte II(A), *supra*, ciertos instrumentos internacionales sobre antiterrorismo estipulan explícitamente que los delitos de terrorismo definidos en tales instrumentos no deben considerarse delitos políticos o delitos comunes afines para los fines de la extradición o la cooperación jurídica mutua. Véase, por ej., la Convención Interamericana contra el Terrorismo, nota 8 *supra*, artículo 11.

⁵⁶ Véase, en general, M. Cherif, Bassiouni, *Policy Considerations on Inter-State Cooperation in Criminal Matters*, en *INTERNATIONAL CRIMINAL LAW* 3 (2d ed., Vol II. M. Cherif Bassiouni, ed., 1998).

⁵⁷ Véase, por ejemplo, el Tratado modelo de asistencia recíproca en asuntos penales y Protocolo de firma facultativa relativo al producto del delito, AG. Res. 45/117, 68ª Sesión Plenaria, 14 de diciembre de 1990, A/RES/45/117.

⁵⁸ Véase, por ejemplo, la Convención de la ONU contra el Tráfico Ilícito de Narcóticos y Sustancias Psicotrópicas, 19 de diciembre de 1988, ONU Doc. E/Conf./82/15 (1988) (reimpreso en N° 28 I.L.M. 493 (1989), véase en

legislación interna de los Estados.⁶⁰ En este sentido, la Comisión manifiesta su satisfacción a los Estados miembros por sus intensos esfuerzos de colaboración con la campaña contra el terrorismo, cuyo reflejo más reciente se percibe en las disposiciones de la Convención Interamericana contra el Terrorismo.⁶¹

242. También, como lo reconoce apropiadamente la Convención Interamericana contra el Terrorismo,⁶² la manera en que los Estados implementan estos métodos de cooperación o la forma en que por otros mecanismos participan en ellos debe cumplir con los estándares mínimos de derechos humanos, incluyendo en particular el derecho a la libertad y la seguridad, los derechos al debido proceso y a un juicio justo y el derecho a la privacidad. Al igual que con todos los actos y omisiones atribuibles a los Estados y sus agentes, estas protecciones de los derechos humanos obligan a los Estados a abstenerse de respaldar o tolerar métodos de cooperación entre los Estados que no se ajusten a sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos.⁶³ Como se indicó anteriormente, estas obligaciones incluyen garantizar el respeto por las protecciones del artículo 22(8) de la Convención Americana y el artículo 3 de la Convención de la ONU sobre la tortura, que prohíben la expulsión de una persona de un país si su derecho a la vida o a la libertad personal corren peligro de violación por motivos de raza, nacionalidad, religión, condición social o política, o si existen fundamentos sustanciales para creer que será sometida a tortura.

243. Si bien la Comisión, a los efectos del presente informe, no puede realizar un examen exhaustivo de las numerosas y variadas preocupaciones de derechos humanos que podría plantear el método de cooperación entre los Estados en materia penal y afines, observa sí con inquietud que este continente ha sido testigo de situaciones en que los procedimientos de cooperación entre los Estados establecidos han sido eludidos mediante métodos extrajurídicos que tienen graves repercusiones para los derechos humanos de las personas afectadas por tales procedimientos. Ellos han incluido en particular la medida de expulsión de nacionales a un país donde sus vidas corren en peligro y el secuestro extraterritorial para el procesamiento en un Estado de un sujeto presente en otro Estado.⁶⁴ Las autoridades internacionales y nacionales han entendido que transgresiones de esta naturaleza constituyen violaciones del derecho internacional público⁶⁵ pues inciden gravemente en los derechos fundamentales de la persona afectada a la libertad de movimiento o residencia dentro de las fronteras de un Estado⁶⁶ y en el derecho a la libertad y la seguridad, incluido el derecho a no ser sometido a detención

el internet <http://www.cicad.oas.org/es/tratados/mj14.htm>, artículo 5; Convención Interamericana contra el Terrorismo, nota 8 *supra*.

⁵⁹ Véase Gerhard O.W. Mueller, *International Judicial Assistance in Criminal Matters*, en *INTERNATIONAL CRIMINAL LAW 41* (Gerhard O.W. Mueller & Edward M. Wise eds., 1965).

⁶⁰ Véase, por ejemplo, *US Extradiction Act*, 18 U.S.C., párr. 3181 y siguientes.

⁶¹ Convención Interamericana contra el Terrorismo, nota 8 *supra*.

⁶² *Id.*, artículo 15.

⁶³ Caso Paniagua Morales y otros, nota 132 *supra*, párr. 91. Véase, análogamente, el Caso de la Matanza de Riofrío, nota 132 *supra*, párrs. 48-52.

⁶⁴ Véase, por ejemplo, Celiberti c. Uruguay, Comm. N° R13/56, Informe del Comité de Derechos Humanos, ONU GAOR, 36° Período de Sesiones, Supp. N° 40, 185, ONU Doc. A/36/40 (1981); [en adelante Caso Celiberti], *Humberto Alvarez-Machain v. United States*, 266 F.3d 1045 (US Court of Appeals for the 9th Circuit, 2001).

⁶⁵ Véase, por ejemplo, la Resolución sobre la regionalización del derecho penal internacional y la protección de los derechos humanos en la cooperación internacional en los procesos penales, XV Congreso de la Asociación de Derecho Penal Internacional (Río de Janeiro, 4-10 septiembre, 1994); Resolución del Consejo Permanente de la OEA II.15.92, opinión del Comité Jurídico Interamericano respecto de la situación de Humberto Alvarez Machain.

⁶⁶ Véase, por ejemplo, Informe Anual de la CIDH, 1976, OEA/Ser.L/VII.40, doc.5 corr.1, 10 de marzo de 1977, páginas 16-18; Informe Anual de la CIDH 1980-81, nota 141 *supra*, pág. 120. Véase, análogamente, *Humberto Alvarez-Machain c. Estados Unidos*, nota 610 *supra*, págs. 1050-1053.

arbitraria.⁶⁷ Puede también considerarse que el sometimiento de una persona a la jurisdicción de un Estado por esos métodos socava, desde el punto de vista del derecho internacional, la legitimidad y justicia de todo proceso legal posterior al que pueda someterse a la persona por parte del Estado que la recibe.⁶⁸

g. Juicio justo, debido proceso y suspensión

244. En circunstancias que no comportan emergencia nacional, los Estados están obligados a respetar todos los derechos del debido proceso mencionados respecto de las personas bajo su autoridad y control.

245. En los casos en que esté involucrada una situación de emergencia que amenaza la independencia o seguridad de un Estado, los componentes fundamentales del derecho al debido proceso y a un juicio justo deben no obstante ser respetados. Más particularmente, ciertos aspectos de estos derechos, a saber, el derecho consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana en relación con la libertad contra una legislación *ex post facto* que no sea favorable para un acusado, así como “las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos” (inderogables), son algunas de las protecciones enumeradas en el artículo 27(2) de la Convención que no pueden ser suspendidas. Además, aunque el artículo 8 de la Convención no está mencionado explícitamente en el artículo 27(2) los Estados no tienen libertad para suspender las protecciones fundamentales del debido proceso o de un juicio justo a que se hace referencia en el artículo 8 y que son comparables a las disposiciones de otros instrumentos internacionales. Por el contrario, cuando se le considera a la luz de las normas estrictas que rigen la suspensión, el papel esencial que pueden desempeñar las salvaguardias del debido proceso en la protección de los derechos humanos no derogables y el carácter complementario de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos, la autoridad internacional rechaza decididamente el concepto de que los Estados puedan legítimamente suspender los derechos al debido proceso y a un juicio justo.

246. A este respecto, la Comisión observa, primero, que ningún órgano de supervisión de derechos humanos se ha referido hasta ahora a la existencia de exigencias en una situación de genuina emergencia que sean suficientes para justificar la suspensión ni siquiera temporal de las salvaguardias básicas de un juicio justo. Por el contrario, los órganos interamericanos de derechos humanos han subrayado desde hace mucho tiempo la importancia de mantener siempre las salvaguardias del debido proceso, y en particular en situaciones de emergencia a efectos de asegurar la protección contra el mayor riesgo de abuso por parte de la autoridad excepcional del Estado en tales situaciones y proteger así otros derechos que no son derogables.⁶⁹ En tal sentido, los derechos al debido proceso forman parte integral de las garantías judiciales esenciales para la protección de los derechos no derogables y pueden por tanto considerarse a su vez no derogables de acuerdo con los términos expuestos del artículo 27(2) de la Convención Americana.

247. De acuerdo con estas observaciones, la Comisión y otras autoridades pertinentes han llegado a la conclusión de que los componentes básicos del derecho a un juicio justo no pueden ser suspendidos con justificación. Estas protecciones incluyen en particular el derecho a un juicio justo a cargo de un tribunal competente e imparcial para las personas acusadas de delitos penales, la presunción de la inocencia, el derecho a ser informado sin

⁶⁷ Véase, por ejemplo, Caso Celiberti, nota 610 *supra*; Burgos c. Uruguay, Comm. N° 12/52, Informe del Comité de Derechos Humanos de la ONU, ONU GAOR, 36° Período de Sesiones, Supp. N° 40, 176, ONU Doc. A/36/40 (1981); Humberto Alvarez-Machain c. Estados Unidos, nota 610 *supra*, págs. 1050-1053.

⁶⁸ Véase, análogamente, Caso Castillo Petruzzi, nota 55 *supra*, párrs. 218, 219 (donde se sostiene que, si los procedimientos por los cuales se dicta una sentencia tienen graves fallas que le quitan la eficacia que deben tener en circunstancias normales, la sentencia no tendrá los fundamentos necesarios, a saber, el litigio conducido por la ley y, por tanto, es insostenible).

⁶⁹ Véase, por ejemplo, Opinión Consultiva OC-8/87, nota 147 *supra*, párrs. 21-27.

demora, y en forma que el acusado la comprenda, de toda acusación penal, el derecho a disponer de tiempo y facilidades adecuadas para preparar la defensa, el derecho a la asistencia legal de su elección o el asesoramiento de defensor gratuito cuando así lo aconseje el interés de la justicia, el derecho a no brindar testimonio en su contra y la protección contra confesiones obtenidas bajo coerción, el derecho a la asistencia de testigos, el derecho a la apelación, así como el respeto por el principio de la aplicación no retroactiva de la legislación penal.⁷⁰

248. También son pertinentes en la evaluación de la permisibilidad de las derogaciones las demás obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos que, como se observa en la Parte II del presente informe y se refleja explícitamente en los artículos 27(2) y 29 de la Convención Americana, deben ser interpretadas en el sentido de implementar y completar los derechos consagrados en los instrumentos interamericanos y no como fundamento para imponer limitaciones.⁷¹ Sobre esta base, los Estados no pueden suspender las protecciones del debido proceso si ello fuere incongruente con sus demás obligaciones en virtud del derecho internacional y, en particular, en los casos en que dicha suspensión restrinja el goce o ejercicio de algún derecho o libertad reconocido en virtud de la legislación interna del Estado o de otros instrumentos que lo obligan. Esto es particularmente pertinente en el contexto de los conflictos armados en que, como se indica en la sección siguiente, las protecciones fundamentales del debido proceso y de un juicio justo aplicables en los conflictos armados internacionales y no internacionales se corresponden en forma sustancial con las protecciones del derecho internacional de los derechos humanos, no admiten suspensión y en consecuencia impiden toda suspensión que el Estado pretenda por otra vía efectuar en el curso de un conflicto armado en virtud de sus obligaciones en materia de derechos humanos.⁷²

249. Sin desvirtuar las normas mencionadas, las disposiciones imperantes sugieren que pueden existir algunos aspectos restringidos del derecho al debido proceso y a un juicio justo cuya suspensión, en circunstancias absolutamente excepcionales, podría ser admisible. Sin embargo, esas suspensiones deben cumplir estrictamente con los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, y deben quedar sometidas a la supervisión de órganos competentes conforme al derecho internacional.

250. Las protecciones del debido proceso y de un juicio justo que se podría concebir están sujetas a suspensión incluyen el derecho a un juicio público cuando se considere estrictamente necesario en interés de la justicia establecer limitaciones al acceso del público a los procedimientos. Las consideraciones a este respecto podrían incluir asuntos de seguridad, orden público, intereses de menores, o situaciones en que la publicidad podría perjudicar los intereses de la justicia.⁷³ Sin embargo, todas esas restricciones deben ser estrictamente

⁷⁰ Véase Diez Años de Actividades, nota 1 *supra*, pág. 341-342; CIDH, Informe sobre Argentina (1980), nota 27 *supra*, pág. 26; CIDH, Informe sobre Guatemala (1983) nota 569 *supra*, pág. 18; Informe sobre Perú (2000), nota 27 *supra*, párrs. 71-73. Véase, análogamente, Observación General N° 29, nota 141 *supra*, párr. 16. COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, ESTADOS DE EMERGENCIA, nota 345 *supra*, págs. 427-428, Nos. 1-8; Normas Mínimas de París, nota 345 *supra*, págs. 82-83; Los Principios de Siracusa, nota 345 *supra*, Principios 70(e) – (g). Conforme se analiza en la Sección III(D), párr. 258 *infra*, en situaciones de conflicto armado el artículo 75 del Protocolo Adicional I y el artículo 6 del Protocolo Adicional II no prevén expresamente el derecho a apelación. Este, empero, puede existir en las situaciones en que se aplican esas disposiciones, por razones de principios, analizadas en la Parte II(B), *supra*, que prohíben la interpretación o aplicación de un instrumento sobre derechos humanos, de manera que limite o infrinja una disposición más favorable, que otorgue mayor protección al amparo de cualquier otra norma aplicable del derecho internacional, como el artículo 8(2)(h) de la Convención Americana. Véase, por ejemplo, el Protocolo Adicional I, *supra* nota 68, artículo 75(8), Convención Americana, *supra* nota 61, artículo 29.

⁷¹ Véase, por ejemplo, el Caso Abella, nota 73 *supra*, párr. 166; *NEW RULES* nota 210 *supra*, 619.

⁷² Véase también sección II(C) párr. 78 *supra*, citando la Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículos 27(1) y 29; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nota 66 *supra*, artículo 5(2); Buergenthal, *To Respect and Ensure*, nota 69 *supra*, 90.

⁷³ Véase, por ejemplo, Conjunto de Principios de la ONU, sobre arresto y prisión, nota 335 *supra*, Principio 18; Observación General N° 13 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, nota 545 *supra*, párr. 6; Corte Europea de Derechos Humanos, *Campbell y Fell c. Reino Unido*, 28 de junio de 1984, Ser. A N° 80, 7 E.H.R.R. 165, párrs. 87, 88;

justificadas por el Estado que las imponga, caso por caso, y sujeto a supervisión judicial continua.

251. Análogamente, el derecho del acusado a interrogar o a que se interrogue los testigos presentados en su contra podría en principio estar sujeto a restricciones en instancias limitadas. Debe reconocerse a este respecto que los empeños por investigar y procesar los delitos, incluidos los vinculados con terrorismo, pueden en algunas instancias generar amenazas contra la vida e integridad de los testigos y, de esa manera, plantear aspectos complejos vinculados a la forma en que esos testigos pueden ser identificados durante el proceso penal sin comprometer su seguridad.⁷⁴ Estas consideraciones nunca pueden servir de base para comprometer las protecciones inderogables de un acusado respecto del debido proceso y cada situación debe ser detenidamente evaluada en sus propios méritos dentro del contexto del sistema judicial particular de que se trate.⁷⁵ Sujeto a estas consideraciones, podrían, en principio, diseñarse procedimientos conforme a los cuales se pueda proteger el anonimato de los testigos sin comprometer los derechos del acusado a un juicio imparcial. Los factores que deben tenerse en cuenta al evaluar la permisibilidad de estos procedimientos incluyen el tener suficientes razones para mantener el anonimato de un determinado testigo, y la posibilidad de que la defensa sea, no obstante, capaz de impugnar las pruebas del testigo e intentar sembrar dudas sobre la confiabilidad de sus declaraciones, por ejemplo, mediante el interrogatorio por parte del abogado defensor. Otras consideraciones pertinentes incluyen que el propio tribunal conozca la identidad del testigo y pueda evaluar la confiabilidad de la evidencia del testigo y la importancia de las pruebas en la causa contra el acusado, en particular, si la condena podría basarse únicamente, o en grado decisivo, en esa prueba.⁷⁶

252. Análogamente, la investigación y enjuiciamiento de los delitos terroristas puede exponer a amenazas a los jueces y otros funcionarios relacionados con las actuaciones judiciales. Como se indicó, los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para prevenir la violencia contra dichas personas.⁷⁷ Por consiguiente, las exigencias de una situación determinada pueden imponer a los Estados la configuración de los mecanismos para proteger la vida, la integridad física y la independencia de los jueces, caso por caso. Como en el caso de los testigos amenazados, debe evaluarse cuidadosamente cada situación conforme a sus propios méritos dentro del marco del sistema judicial pertinente,⁷⁸ debe subordinarse a las medidas que sean necesarias para asegurar el derecho del acusado a impugnar la competencia, la independencia o la imparcialidad del tribunal que le juzgue. En ningún caso puede comprometerse el derecho a ser juzgado de acuerdo a las reglas del debido proceso.

ICTY, Rules of Procedure and Evidence, 11 February 1994, as amended on 13 December 2001, IT/32/REV.22. artículo 79 [en adelante, Reglamento del TPIY].

⁷⁴ Véase, CIDH, Informe sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, Capítulo V, párrs. 67-69.

⁷⁵ Véase, por ejemplo, CIDH, Informe sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, Capítulo V, párrs. 124-126 (donde se describen los peligros que se enfrenta en el uso de testigos anónimos en el sistema judicial regional en Colombia).

⁷⁶ Véase, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, *Doorson c. Países Bajos*, 26 de marzo de 1996, R.J.D. 1996-11, N° 6, párrs. 70-76. Véase, análogamente, COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, ESTADOS DE EMERGENCIA, nota 345 *supra*, 429. Los Estatutos y los Reglamentos de los Tribunales Penales Internacionales para la Ex-Yugoslavia y para Ruanda, que reflejan los intentos contemporáneos de juzgamiento en casos de crímenes graves en circunstancias en que los participantes pueden ser especialmente vulnerables a amenazas, establecen una disposición para la protección de la identidad de víctimas y testigos. Véase, por ejemplo, Estatuto del TPIY, nota 222 *supra*, artículo 22 "El Tribunal Internacional prevé en su reglamento medidas de protección para las víctimas y los testigos. Las medidas de protección comprenden, como mínimo, las audiencias a puerta cerrada y la protección de la identidad de las víctimas." (Traducción por la Comisión); Reglamento del TPIY, nota 619 *supra*, artículo 75(B)(III) (que permite que la Sala celebre audiencias *in cámara* para determinar si ordenará "medidas apropiadas que faciliten el testimonio de víctimas y testigos vulnerables como los circuitos cerrados de televisión". (Traducción por la Comisión).

⁷⁷ Véase, por ejemplo, Informe de la CIDH sobre Colombia, 1999, nota 110 *supra*, Capítulo IV, párrafos 67-70.

⁷⁸ Véase, por ejemplo, Informe de la CIDH sobre Colombia, 1999, nota 110 *supra*, Capítulo IV, párrafos 124-126.

253. Como se indica en la Parte III(B) del presente informe en relación con el derecho a la libertad y la seguridad personales,⁷⁹ el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable constituye un tercer componente del derecho a un juicio justo, al que se pueden aplicar derogaciones legítimas en circunstancias adecuadas, para permitir un período de detención antes de juicio más prolongado que el que sería admisible en circunstancias normales, en los casos en que se demuestre que tales medidas son requeridas por la situación de emergencia. Sin embargo, al igual que con otras suspensiones admisibles, las demoras sólo pueden durar lo estrictamente necesario según las exigencias de la situación, no pueden en caso alguno ser indefinidas y deben permanecer sujetas a supervisión judicial para evitar toda demora injusta y proteger al detenido contra abusos de autoridad.⁸⁰ También, esas medidas nunca podrán justificarse cuando puedan comprometer las protecciones inderogables del debido proceso de un acusado, incluido el derecho a la preparación de una defensa y el derecho a que se presuma su inocencia.

[...]

López Álvarez v. Honduras
Corte Interamericana de Derechos Humanos
Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf
 (Los números de las notas al pie de página no corresponden al documento original)

[...]

X
VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 8 Y 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA
EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1.1 DE LA MISMA
(Garantías Judiciales, Protección Judicial y Obligación de Respetar los Derechos)

a) *Plazo razonable del proceso penal*

128. El derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable⁸¹; una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales⁸².

129. El plazo razonable al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento penal que se desarrolla

⁷⁹ Véase *supra*, Sección III(B), párr. 140.

⁸⁰ Diez Años de Actividades, nota 1 *supra*, pág. 320. Véase, análogamente, Caso Askoy, nota 346 *supra*, párr. 76.

⁸¹ Cfr. Caso Myrna Mack Chang. Sentencia de 25 de septiembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 209; Caso Bulacio. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 114; y Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párrs. 142 a 145.

⁸² Cfr. Caso García Asto y Ramírez Rojas, *supra* nota 7, párr. 166; Caso Gómez Palomino, *supra* nota 7, párr. 85; Caso de la Comunidad Moiwana. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 160.

en contra de cierto imputado, hasta que se dicta sentencia definitiva⁸³. En materia penal este plazo comienza cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito.

130. En el presente caso el primer acto de procedimiento se dio con la aprehensión del señor Alfredo López Álvarez ocurrida el 27 de abril de 1997, fecha a partir de la cual se debe apreciar el plazo, aún cuando en este punto se trate del plazo para la realización del proceso, no para la duración de la detención, en virtud de que aquella fue la primera diligencia de que se tiene noticia en el conjunto de los actos del procedimiento penal correspondiente al señor López Álvarez. Para determinar si el plazo fue razonable es preciso tomar en cuenta que el proceso concluye cuando se dicta sentencia firme; en este momento concluye el ejercicio de la jurisdicción de conocimiento⁸⁴. En materia penal el plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran presentarse.

131. El 13 de enero de 2003 el Juzgado de Letras Seccional de Tela dictó sentencia absolutoria a favor del señor Alfredo López Álvarez, fallo que fue confirmado el 29 de mayo de 2003 por la Corte de Apelaciones de la Ceiba. En junio de 2003 el Ministerio Público anunció un recurso de casación contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de la Ceiba, del que desistió el 31 de julio de 2003. El 14 de agosto de 2003 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia tuvo "por separado el recurso de casación por infracción de ley anunciado" ante la referida Corte de Apelaciones, y confirmó la sentencia dictada el 29 de mayo de 2003. El señor López Álvarez fue puesto en libertad el 26 de agosto de 2003 (*supra* párrs. 54.40, 54.41, 54.42 y 54.45).

132. Para examinar si en este proceso el plazo fue razonable, según los términos del artículo 8.1 de la Convención, la Corte tomará en consideración tres elementos: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales⁸⁵.

133. El caso no revestía complejidad especial. Sólo había dos encausados (*supra* párr. 54.32). Se disponía de la sustancia cuya identificación determinaría la pertinencia del enjuiciamiento. No aparece en el expediente que el señor López Álvarez realizara diligencias que retrasaran o entorpecieran la tramitación de la causa.

134. Por otro lado, en el proceso penal se dictaron por lo menos cuatro nulidades debido a diversas irregularidades procesales: una parcial, el día 25 de julio de 1997 y, tres absolutas los días 9 de septiembre de 1998, 10 de marzo de 1999 y 2 de mayo de 2001 (*supra* párrs. 54.23, 54.28, 54.30 y 54.33).

135. Las nulidades, que sirvieron al propósito de adecuar los procedimientos al debido proceso, fueron motivadas por la falta de diligencia en la actuación de las autoridades judiciales que conducían la causa. El juez interno, al realizar las

⁸³ Cfr. *Caso Acosta Calderón*, *supra* nota 18, párr. 104; *Caso Tibi*, *supra* nota 80, párr. 168, y *Caso Suárez Rosero*, *supra* nota 87, párr. 70.

⁸⁴ Cfr. *Caso Tibi*, *supra* nota 80, párr. 168, y *Caso Suárez Rosero*, *supra* nota 87, párr. 71.

⁸⁵ Cfr. *Caso García Asto y Ramírez Rojas*, *supra* nota 7, párr. 166; *Caso Acosta Calderón*, *supra* nota 18, párr. 105, y *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, *supra* nota 97, párr. 67.

actuaciones posteriormente anuladas, incumplió el deber de dirigir el proceso conforme a derecho. Esto determinó que la presunta víctima fuese obligada a esperar más de seis años para que el Estado administrara justicia.

136. Con fundamento en las consideraciones precedentes, y en el estudio global del proceso penal seguido al señor Alfredo López Álvarez, se advierte que éste se extendió por más de seis años. El Estado no observó el principio del plazo razonable consagrado en la Convención Americana, por responsabilidad exclusiva de las autoridades judiciales a quienes competía haber administrado justicia.

137. El artículo 25.1 de la Convención establece la obligación de los Estados de ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales⁸⁶. No basta con que los recursos existan formalmente; es necesario que sean efectivos⁸⁷, es decir, se debe brindar la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida⁸⁸.

138. La existencia de esta garantía "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención"⁸⁹.

139. Al respecto, esta Corte ha reiterado que dicha obligación no se agota en la existencia legal de un recurso; es necesario que éste sea idóneo para combatir la violación, y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente⁹⁰.

140. En consecuencia, la Corte considera que el Estado violó el artículo 25 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Alfredo López Álvarez, dado que no le garantizó el acceso a recursos judiciales efectivos que lo ampararan contra las violaciones a sus derechos.

[...]

c) *Garantías judiciales en el proceso penal*

149. El artículo 8.2.b de la Convención Americana ordena a las autoridades judiciales competentes notificar al inculpado la acusación formulada en su contra, sus razones y los delitos o faltas por los cuales se le atribuye responsabilidad⁹¹. Para que este derecho satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración⁹². Esta garantía es esencial para el ejercicio efectivo del derecho a la defensa. Es preciso

⁸⁶ Cfr. *Caso García Asto y Ramírez Rojas*, supra nota 7, párr. 113; *Caso Palamara Iribarne*, supra nota 15, párr. 183, y *Caso Acosta Calderón*, supra nota 18, párr. 92.

⁸⁷ Cfr. *Caso Palamara Iribarne*, supra nota 15, párr. 184; *Caso Acosta Calderón*, supra nota 18, párr. 92, y *Caso Tibi*, supra nota 80, párr. 131.

⁸⁸ Cfr. *Caso Acosta Calderón*, supra nota 18, párr. 93; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, supra nota 97, párr. 75, y *Caso Tibi*, supra nota 80, párr. 131.

⁸⁹ Cfr. *Caso Palamara Iribarne*, supra nota 15, párr. 184; *Caso Acosta Calderón*, supra nota 18, párr. 93, y *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, supra nota 97, párr. 75.

⁹⁰ Cfr. *Caso Palamara Iribarne*, supra nota 15, párr. 184; *Caso Acosta Calderón*, supra nota 18, párr. 93, y *Caso Tibi*, supra nota 80, párr. 131.

⁹¹ Cfr. *Caso Palamara Iribarne*, supra nota 15, párr. 225; *Caso Acosta Calderón*, supra nota 18, párr. 118, y *Caso Tibi*, supra nota 80, párr. 187.

⁹² Cfr. *Caso Palamara Iribarne*, supra nota 15, párr. 225; *Caso Acosta Calderón*, supra nota 18, párr. 118, y *Caso Tibi*, supra nota 80, párr. 187.

considerar particularmente la aplicación de esta garantía cuando se adoptan medidas que restringen el derecho a la libertad personal, como en este caso.

150. En el presente caso, quedó demostrado que el señor Alfredo López Álvarez rindió su declaración indagatoria el 29 de abril de 1997, sin contar con la asistencia de un abogado defensor (*supra* párr. 54.17). De la prueba aportada consta que ese mismo día la presunta víctima nombró a su abogado defensor, cuya acreditación ante el Juzgado de Letras Seccional de Tela fue presentada el 30 de abril de 1997 y este Juzgado admitió el escrito el 2 de mayo de 1997 (*supra* párr. 54.18). El citado 30 de abril de 1997 el Ministerio Público presentó ante el Juzgado de Letras Seccional de Tela acusación por posesión, venta y tráfico de cocaína en contra del señor Alfredo López Álvarez y otras personas (*supra* párr. 54.19). Por lo que, el señor López Álvarez rindió su declaración indagatoria sin conocer previa y detalladamente la acusación formulada en su contra.

*
* * *

151. El artículo 229 del Código de Procedimientos Penales, vigente en 1997, establecía que “[...] una vez que haya rendido su indagatoria, el sindicado podrá nombrar defensor y se le permitirá solicitar la copia correspondiente”. A su vez, el artículo 253 del mismo Código estipulaba que “[e]n la providencia en la que se abre a juicio plenario el Juez ordenará, en su caso, que el imputado nombre su defensor o que manifieste si se le nombra de oficio. Si esta manifestación fuere afirmativa, de inmediato procederá a hacer el nombramiento.”

152. Se advierte que el señor López Álvarez no tuvo oportunidad de rendir declaración indagatoria en la presencia de su abogado, con quien tuvo comunicaciones algunos días después de su detención. En consecuencia, no se le garantizó el derecho de contar con abogado defensor conforme al artículo 8.2.d de la Convención.

153. Por otra parte, también ha quedado demostrado que el señor López Álvarez hizo varios nombramientos y sustituciones de abogados defensores a lo largo del proceso (*supra* párr. 54.18), por lo que esta Corte no tiene elementos de prueba suficientes para determinar que se vulneró el derecho de la presunta víctima a ser asistido por abogado defensor en los términos del artículo 8.2.e de la Convención.

154. Este Tribunal estima que los referidos artículos 229 y 253 del Código de Procedimientos Penales eran incompatibles con los parámetros de la Convención Americana, pero también observa que dichas normas internas ya no se encuentran vigentes en Honduras para los procesos que se tramiten bajo el actual Código de Procedimientos Penales.

*
* * *

155. El señor Alfredo López Álvarez manifestó en su declaración indagatoria que “fu[e] fuertemente coaccionado en la [Dirección de Investigación Criminal], mediante el maltrato físico y psicológico con el objetivo de incriminar[lo...] con las interrogantes que [los agentes estatales le] hacían [...]”, pese a lo cual la presunta víctima no aceptó los cargos (*supra* párr. 54.14). En consideración de lo expresado por el señor López Álvarez, que no fue controvertido por el Estado, y las particularidades del

presente caso, esta Corte estima que la presunta víctima fue sometida a tales actos con el propósito de debilitar su resistencia psíquica y obligarle a autoinculparse por el hecho que se le imputaba, en contravención de lo previsto en el artículo 8.2.g de la Convención.

*
* * *

156. Las anteriores consideraciones llevan a la Corte a concluir que el Estado tiene responsabilidad por la violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1, 8.2, 8.2.b, 8.2.d y 8.2.g, y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Alfredo López Álvarez.

* * *

**Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez
a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
sobre el caso López Álvarez vs. Honduras del 1 De Febrero De 2006**
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_garcia_141_esp.doc

I. EL DEBIDO PROCESO

1. El debido proceso constituye una garantía instrumental y secundaria que llega a ser, en rigor, material y primaria, como "clave de acceso" a la tutela nacional e internacional de los derechos y a la reclamación sobre los deberes. Su relevancia ha sido constantemente destacada. Lo ha hecho la jurisprudencia de la Corte Interamericana y lo han subrayado diversos integrantes de este Tribunal. El juez Alirio Abreu Burelli observa que "el debido proceso, garantía fundamental de la persona humana, es, además, una garantía de respeto a los demás derechos" ("Responsabilidad del juez y derechos humanos", en *Revista de Derecho*. Tribunal Supremo de Justicia, No. 19, Caracas, Venezuela, 2005, p. 44), y la jueza Cecilia Medina Quiroga destaca que "el debido proceso es una piedra angular del sistema de protección de los derechos humanos; es, por excelencia, la garantía de todos los derechos humanos y un requisito *sine qua non* para la existencia de un Estado de derecho" (*La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2003, p. 267).

2. Los temas del debido proceso siguen figurando de manera significativa en el quehacer jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: significativa en una doble dimensión; por una parte, en lo que respecta al número de casos en que se ventilan cuestiones de debido proceso; por la otra, en lo que concierne a la materia de los litigios --e inclusive de las opiniones consultivas--, que concurre a integrar un buen sector de la jurisprudencia interamericana, con notable repercusión --creciente y evidente, en los últimos años-- en los pronunciamientos de muchos tribunales nacionales.

3. En diversos *Votos concurrentes y razonados* me he ocupado en estas cuestiones. Lo he hecho, asimismo, en algunas exposiciones recientes en nombre de

la Corte Interamericana o en relación con las tareas de ésta: así, el XII Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de América Latina "Las garantías constitucionales del debido proceso penal", convocado por la Corte Suprema de Uruguay y la Fundación Konrad Adenauer (Punta del Este, Uruguay, 10-14 de octubre de 2005), y el "Curso Internacional de Capacitación en Reformas al Sistema de Justicia Penal en América Latina", organizado por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, Instituto de las Naciones Unidas para Asia y el Lejano Oriente para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente y la Agencia de Cooperación Internacional del Japón (San José, Costa Rica, 27 de julio de 2005).

4. En esas oportunidades, entre otras, he mencionado el peso cuantitativo de esta materia en la jurisprudencia de la CorteIDH. La estadística reunida por ésta -- que ahora se recoge en el volumen *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo. 1979-2004* (San José, Costa Rica, 2006), deja constancia de que el Tribunal ha declarado la existencia de violación al artículo 8 ("Garantías judiciales") de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 43 casos, que son la gran mayoría del conjunto sobre el que se ha pronunciado, así como la presencia de violaciones al artículo 25 ("Protección judicial") en 40 casos. En mi concepto, unas y otras entrañan vulneración del debido proceso --en amplio y adecuado sentido: el que más conviene a la tutela judicial del ser humano--, aunque pueden y deben analizarse separadamente. Por otra parte, es necesario recordar que otros preceptos de la Convención acogen temas que pueden ser clasificados en el ámbito del debido proceso: por ejemplo, vulneración del derecho a la vida (artículo 4, en lo concerniente al medio extraordinario para impugnar la pena de muerte), del derecho a la integridad (artículo 5, en lo que atañe a la coacción ilícita sobre individuos detenidos) y del derecho a la libertad (7, en lo atinente a las reglas de la detención y al control judicial sobre ésta).

5. Conviene mencionar que en ese mismo sentido corre la experiencia de otras jurisdicciones, nacionales e internacionales, como han puesto en relieve los estudiosos de la materia. En la Corte Europea hay abundante presencia de cuestiones vinculadas con el debido proceso, con gran acento en la vertiente penal. Oscar Schiappa-Pietra observa que el artículo 6º de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)-- precepto que establece las normas primordiales del debido proceso-- "es el que ha merecido mayor número de casos (ante el sistema europeo de protección de los derechos humanos), en comparación con todos los demás derechos reconocidos por la CEDH" ("Notas sobre el debido proceso en el marco del sistema regional europeo para la protección de los derechos humanos", en Novak, Fabián, y Mantilla, Julissa, *Las garantías del debido proceso. Materiales de enseñanza*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Centro de Estudios Internacionales/Embajada Real de los Países Bajos, Lima, 1996, p. 145).

6. Algunos analistas nacionales destacan la frecuencia de casos planteados ante la Corte Europea sobre puntos del enjuiciamiento, como también la de asuntos conocidos por la jurisdicción nacional a partir del artículo 6º de la Convención de 1950, relativo a la materia que ahora nos ocupa (Cfr., sólo por vía de ejemplo, Dupré, Catherine, "France", en Blackburn & Polakiewicz, *Fundamental Rights in Europe. The ECHR and its Member States, 1950-2000*. Oxford University Press, Great Britain, 2001, p. 325, y en lo que respecta a Italia, con énfasis en los problemas del "plazo razonable", Meriggiola, Enzo, "Italy", en *idem*, pp. 487-488 y 501. Acerca de España, Guillermo Escobar Roca observa que el artículo 6 es el precepto de la

Convención más frecuentemente invocado ante la Corte Constitucional de este país. Cfr. "Spain", en *idem*, p. 817. Las violaciones del plazo razonable y del derecho de defensa son constantemente invocadas, en materia procesal penal, ante la Corte Europea, así como los problemas que suscita el derecho a un tribunal independiente e imparcial. Cfr. Delmas-Marty, Mireille, "Introducción", en Delmas-Marty (dir.), *Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*, trad. Pablo Morenilla Allard, Ed. Eijus, Zaragoza (España), 2000, p. 33).

7. En lo que respecta a los extremos del debido proceso --en sentido amplio, como he dicho-- abarcados por la jurisprudencia de la Corte, es necesario mencionar que ésta ya ha elaborado una útil doctrina jurisprudencial acerca de puntos tales como: tribunal independiente e imparcial, tribunal competente (temas, ambos, que pueden ser atraídos como elementos o, quizás mejor, como presupuestos del debido proceso), jurisdicción militar (capítulo relevante de los temas anteriores), presunción de inocencia, igualdad ante la ley, defensa, principio de contradicción, publicidad, detención, prisión preventiva (condiciones y características), investigación, admisibilidad y valoración de la prueba, plazo razonable (para la prisión preventiva y para el proceso), recursos, nuevo proceso (cosa juzgada y *ne bis in idem*), ejecución de sentencia, aspectos específicos del enjuiciamiento de menores de edad que incurren en conductas penalmente típicas, etcétera.

II. COMUNICACIÓN DEL MOTIVO DE LA DETENCIÓN

8. La sentencia dictada por la Corte en el *Caso López Alvarez vs. Honduras* (1 de febrero de 2006) se concentra en puntos del debido proceso, aun cuando también trae a cuentas algunos temas novedosos que anteriormente no había abordado la Corte Interamericana, como ocurre con la violación de la libertad de (pensamiento y) expresión a propósito del uso de la lengua garífuna por la víctima mientras permaneció en prisión, punto que posee entidad propia y autónoma, y también reviste interés específico en la circunstancia de la aplicación de medidas privativas de libertad, como *infra* mencionaré.

9. La *fijación del tema del procedimiento* --deliberadamente utilizo esta expresión; adelante me referiré al proceso, propiamente--, es decir, la precisión y el razonable acreditamiento de los elementos que explican y legitiman una actuación del Estado que incide profundamente en los derechos y las libertades de una persona, constituye una cuestión central en esta materia. No sólo justifica intervenciones que de otra manera serían absolutamente ilegítimas (p. ej., injerencias en la libertad, la seguridad, la propiedad), y establece la frontera entre el derecho y sus limitaciones indispensables (bajo los términos tradicionalmente reconocidos y enérgicamente acotados que aportan, entre otros instrumentos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre --artículo XXVIII-- y la Convención Americana --artículos 27 y 29 a 32--), sino también plantea la base racional y necesaria (aunque no suficiente, por sí misma) para que el individuo (a título de indiciado o inculgado, en su hora) pueda enfrentar esas intervenciones, que se producen en diferentes etapas, bajo distintas denominaciones y con diversas consecuencias, invariablemente restrictivas del ejercicio de derechos y libertades.

10. Es inexcusable que quien se ve afectado por la actividad persecutoria del Estado conozca oportunamente el motivo (y el significado, con sus posibles repercusiones) de ésta, para que la enfrente adecuadamente a través de actos de defensa, normalmente orientados en el sentido que derive del conocimiento de ese motivo. Utilizo esta última palabra, que no emplea la Convención Americana, para

fijar el alcance que, en mi concepto, poseen las expresiones “razones de su detención” y “cargo o cargos formulados”, que utiliza el artículo 7.4 del Pacto de San José.

11. En esencia, la norma internacional se refiere a información bastante para acreditar la legitimidad de la actuación estatal (administrativa o judicial, en sus momentos) y brindar la posibilidad de defensa oportuna y adecuada. No debiera entenderse que este deber del Estado y este derecho del individuo se satisfacen con la referencia a disposiciones de ordenamientos penales, que pudieran ser insuficientes o ininteligibles para el sujeto. Es preciso que éste reciba información sobre los hechos que se le atribuyen (a título de motivos de la actuación estatal). En cierto modo, esta exigencia del Derecho (nacional e internacional) de los derechos humanos, acude a corregir la hipótesis --irreal e inequitativa-- que supone, a través de una antigua y combatida presunción, que todas las personas conocen la ley y se hallan inmediatamente al tanto de que la han observado o infringido.

12. La *Sentencia* que ahora comento distingue como es debido hacerlo, con apoyo en la Convención Americana, entre la detención que se presenta en cumplimiento de orden judicial --que supone previos actos del procedimiento-- y la que ocurre en situación de flagrancia. Ambos extremos son admisibles, aunque cada uno se halle gobernado por reglas propias. Conforme a su significado gramatical, la flagrancia genera un estado de notoriedad o evidencia que parece ahorrar el cumplimiento de otros deberes: entre ellos, la información sobre los motivos de la intervención del Estado en la libertad del individuo. Me parece que esta conclusión es errónea. El objetivo garantista de la norma contenida en el artículo 7.4 (justificación para la conducta del Estado y defensa para el individuo) se atiende mejor si se cumple la obligación de informar sin someterla a distinciones o deliberaciones que no tienen fundamento en el precepto ni se hallan necesariamente soportadas por la realidad.

13. La flagrancia --concepto que, por lo demás, no tiene alcance uniforme en todas las legislaciones ni caracterización única y pacífica en la doctrina y la jurisprudencia-- que se presenta en un caso puede bastar a criterio de quien practica la detención, pero resultar insuficiente para quien la sufre. El intérprete de la norma, que procura hallar su mejor --y siempre juicioso-- alcance, ponderando las repercusiones y aplicaciones de cada posible interpretación, debe dar a aquélla el significado que permita alcanzar, en la totalidad o por lo menos en la gran mayoría de los casos, habida cuenta de las condiciones de la realidad, el fin que se persigue. Piénsese, además, que la información sobre el motivo de la detención no solamente da noticia de que el agente del Estado considera que se han presentado determinados hechos, sino también manifiesta implícitamente que éstos son ilícitos o reprochables, consideraciones, todas ellas, que atañen a la justificación del Estado y a la defensa del individuo.

14. Esta decisión de la Corte significa un cambio de criterio con respecto al sustentado en la *Sentencia del Caso Acosta Calderón* (Sentencia del 24 de junio de 2005, Serie C, No. 129, párr. 73), en la que este Tribunal sostuvo que cuando hay flagrancia no es necesario informar al detenido sobre las razones de su detención. Celebro este cambio de criterio por parte de la Corte. Lo celebro por partida doble: porque estimo que un tribunal debe ser sensible a la necesidad de modificar sus opiniones cuando considera que existe fundamento para ello, y porque en la especie creo plenamente justificada esa modificación. Por lo demás, en este caso no se planteó siquiera --que sería un planteamiento válido, para motivar la reflexión-- que hubiese razones extraordinarias para que los agentes que practicaron la detención se

abstuvieran de dar al detenido la información que ordena el artículo 7.4 del Pacto.

[...]

V. DECLARACIÓN DEL INculpADO

25. También se ha considerado en la *Sentencia del Caso López Álvarez* un tema procesal examinado anteriormente y acerca del cual existe pronunciamiento de la Corte: las *garantías para la emisión de la primera declaración* del inculpado --que pueden suscitarse en posteriores declaraciones, pero poseen especial importancia en esa oportunidad--, habida cuenta de que ésta puede resultar decisiva, más allá de suposiciones o --nuevamente-- tecnicismos para el destino del proceso y la suerte del inculpado. La construcción del sistema de garantías que vienen al caso en este punto corresponde a una revisión de la situación y el papel del inculpado en el procedimiento penal --antes, pues, que en el proceso--, en contraste con la situación y el papel de las autoridades que intervienen en éste.

26. Es posible que el inculpado guarde silencio, se abstenga de declarar, manifieste sólo una parte de lo que sabe, y es debido que antes de rendir declaración se halle al tanto de los motivos del procedimiento y tenga oportunidad de designar persona que lo defienda, así como que se pronuncie sin juramento, promesa o protesta de decir verdad. Todo esto adquiere eficacia cuando, llegado el acto de la declaración, el inculpado cuenta con abogado que lo asista --por supuesto, no que lo sustituya en la declaración o altere ésta-- y su asesor está presente en el acto de la declaración, de manera que pueda intervenir eficazmente en la protección de los derechos del inculpado, a partir de los primeros que aquí aparecen: saber de qué se trata y guardar silencio. La Corte ha sido explícita al respecto --inclusive cuando se trata de detenidos extranjeros y viene al caso la asistencia consular-- y vuelve a serlo en este caso: se vulnera el debido proceso cuando la declaración ocurre sin que el sujeto cuente --o pueda contar, agregaré-- con asistencia de defensor. De lo contrario, quedaría profundamente comprometida la defensa del inculpado precisamente cuando es necesario que se ejerza con mayor reflexión, cautela, garantía.

VI. PLAZO RAZONABLE

27. El *plazo razonable* --referencia temporal de enorme importancia para los actos del proceso y para éste en su conjunto--, que interesa constantemente a la jurisprudencia sobre derechos humanos --europea y americana--, volvió a la consideración de la Corte, como antes ha sucedido con frecuencia, en el caso al que se refiere esta *Sentencia*. En la Convención Americana hay por lo menos tres menciones imperiosas y explícitas a este respecto, con supuestos y expresiones propios: primero, toda persona detenida o retenida "tendrá derecho a ser juzgada dentro de un *plazo razonable* o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso" (artículo 7.5, que se refiere al supuesto de detención y/o prisión preventiva, bajo el rubro genérico "Derecho a la libertad personal"); segundo, toda persona "tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un *plazo razonable*", por el tribunal correspondiente "en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella" o para la determinación de sus derechos y obligaciones en otros órdenes (artículo 8.1, que alude al proceso total, hasta que se emite sentencia de fondo, bajo el epígrafe "Garantías judiciales"); y tercero, "toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y *rápido*" que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales (artículo 25.1, relativo a "Protección judicial").

28. No obstante la diversidad de las situaciones contempladas en cada caso, diversidad que no pretendo discutir en este momento, las tres disposiciones de la Convención obedecen a un mismo proyecto defensor de los derechos del individuo: oportunidad de la tutela, que corre el riesgo de ser inútil, ineficaz, ilusoria, si no llega a tiempo, en la inteligencia de que "llegar a tiempo" significa operar con máxima eficacia en la protección y mínima afectación de los derechos del individuo, prontitud que no es atropellamiento, irreflexión, ligereza. Esas estipulaciones acogen la preocupación que preside el aforismo "justicia retardada es justicia denegada".

29. Los hechos examinados en la *Sentencia* que ahora comento encierran transgresiones al plazo razonable en la detención (que conciernen al artículo 7.5) y en el desarrollo del proceso (que atañen al artículo 8.1). Por lo que toca a este último asunto, la Corte ha traído a colación, una vez más, el criterio que acogió desde hace tiempo, tomado de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, para el examen sobre la razonabilidad del plazo --complejidad del asunto, actividad procesal del interesado y conducta de las autoridades judiciales--, sin perder de vista que no es posible desconocer las particularidades que cada caso puede ofrecer ni fijar "calendarios" terminantes para la solución universal de todos. Acaso sería posible y aconsejable explorar un cuarto elemento, como lo inicio *infra*, a partir de la *afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes --es decir, la situación jurídica-- del individuo*. También se planteó el Tribunal el *dies a quo* del plazo razonable en función del *acto a partir del cual debe apreciarse el tiempo transcurrido*, que no es propiamente un plazo, porque éste supone ordinariamente la determinación de un tiempo cierto y/o la fijación de períodos --con punto de partida y punto de llegada-- para la realización de determinada diligencia o el cambio de una situación.

30. Al analizar la complejidad del asunto, la Corte que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención --es decir, el órgano que practica el "control de convencionalidad"-- debe explorar las circunstancias *de jure* y *de facto* del caso. Es posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos los hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio, pero éstos pueden ser extraordinariamente complejos y hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o tardía recaudación. También puede suceder lo contrario: relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquéllos: pareceres encontrados, jurisprudencia cambiante, legislación incierta, razones atendibles en sentidos diferentes o discrepantes.

31. Asimismo, será preciso considerar el número de relaciones que concurren en el litigio: a menudo no se trata de una sola, sino de múltiples relaciones que acuden a la controversia y que es preciso explorar, desentrañar. Igualmente es preciso tomar en cuenta el número de participantes en las relaciones materiales y en la tramitación procesal, con sus respectivas posiciones, sus derechos, sus intereses llevados a juicio, sus razonamientos y expectativas. Y habrá que considerar las condiciones en las que se analiza la causa, que pueden hallarse bajo presión de contingencias de diverso género, desde naturales hasta sociales.

32. La actividad del interesado puede ser determinante de la pronta o demorada atención del conflicto. Me refiero a la actividad en el procedimiento, y en este sentido, a una actividad procesal, pero también habría que considerar la actividad --o mejor todavía, la conducta: activa u omisiva-- en otros campos, si trasciende al

proceso o influye en éste. Puede suceder que el individuo, en aras de defender sus derechos, haga uso de un amplio conjunto de instrumentos y oportunidades que la ley pone a su disposición, bajo forma de recursos o de otras figuras, que alejan el momento de la resolución de fondo. Es preciso estar en guardia frente a la pretensión de que el individuo prescindiera de actos de defensa en bien de la celeridad o conforme a criterios de supuesta racionalidad, a juicio de observadores distantes o comprometidos. El tribunal habrá de distinguir con prudencia entre las acciones y las omisiones del litigante que tienen como objetivo la defensa --bien o mal informada-- y aquellas otras que sólo sirven a la demora.

33. En cuanto al comportamiento del tribunal --pero sería mejor hablar, genéricamente, del comportamiento de las autoridades, porque no sólo aquél opera en nombre del Estado--, es necesario deslindar entre la actividad ejercida con reflexión y cautela justificables, y la desempeñada con excesiva parsimonia, exasperante lentitud, exceso ritual. ¿Cuáles son el posible desempeño y el rendimiento de un tribunal (o, más ampliamente, de una autoridad) aplicado seriamente a la solución de los conflictos que se le someten, y el de uno que distrae su energía mientras los justiciables aguardan pronunciamientos que no llegan?

34. En este campo vienen a cuentas la insuficiencia de los tribunales, la complejidad del régimen procedimental envejecido, la abrumadora carga de trabajo, incluso con respecto a tribunales que realizan un serio esfuerzo de productividad. Es necesario conocer estos datos de la realidad, pero ninguno de ellos debiera gravitar sobre los derechos del individuo y ponerse en la cuenta desfavorable de éste. El exceso de trabajo no puede justificar la inobservancia del plazo razonable, que no es una ecuación nacional entre volumen de litigios y número de tribunales, sino una referencia individual para el caso concreto. Todas aquellas carencias se traducen en obstáculos, desde severos hasta irremontables, para el acceso a la justicia. ¿Dejará de ser violatoria de derechos la imposibilidad de acceder a la justicia porque los tribunales se hallan saturados de asuntos o menudean los asuntos judiciales?

35. Ahora bien, parece posible que la complejidad del tema que motiva el procedimiento, la conducta del interesado --en la especie, el inculpa-- y la actuación de la autoridad no basten para proveer una conclusión convincente sobre la indebida demora, que vulnera o pone en grave peligro el bien jurídico del sujeto. De ahí la pertinencia, a mi juicio, de explorar otros elementos que complementen, no sustituyan, a aquéllos para la determinación de un hecho --la violación del plazo razonable-- acerca del cual no existen acotaciones cuantitativas universalmente aplicables.

36. Me referí, como posible cuarto elemento a considerar para la estimación del plazo razonable, a lo que denominé *"afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes --es decir, la situación jurídica-- del individuo"*. Es posible que aquél incida de manera poco relevante sobre esa situación; si no es así, es decir, si la incidencia crece, hasta ser intensa, resultará necesario, en bien de la justicia y la seguridad seriamente comprometidas, que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que en breve tiempo --"plazo razonable"-- se resuelva la situación del sujeto, que ha comenzado a gravitar severamente sobre la vida de éste. La afectación debe ser actual, no meramente posible o probable, eventual o remota.

37. Me percaté de que estos conceptos no tienen la precisión que se quisiera, como tampoco la tienen los otros aportados para el análisis de la razonabilidad del

plazo: complejidad del asunto, comportamiento del interesado, conducta del juzgador. Ciertamente se trata de datos sujetos a examen razonado; referencias que han de valorarse en conjunto, dentro de determinada circunstancia, que no es la misma para todos los casos. De ese conjunto se desprenderá la razonabilidad del plazo y en él se apoyará la apreciación del Tribunal, por fuerza casuística, sobre el exceso en que se ha incurrido y la violación que se ha cometido.

38. *¿A partir de qué acto corre el plazo y se analiza, por lo tanto, la razonabilidad del tiempo que transcurre para resolver sobre una detención o decidir una controversia?* La precisión a este respecto es indispensable cuando nos encontramos a la vista de regímenes jurídicos diferentes, con estructuras judiciales y procesales distintas, que se hallan igualmente sujetas a las disposiciones convencionales y deben aplicar el criterio del plazo razonable. En mi concepto, lo que pretende el orden internacional de los derechos humanos es que la afectación de los derechos de la persona, por acción o abstención del Estado, no se prolongue injustificadamente hasta generar condiciones de injusticia, inequidad o inseguridad jurídica. La solución de este problema reclama precisiones que debe suministrar la jurisprudencia y que resulten aprovechables en diversos sistemas procesales.

39. No ofrece problemas mayores la determinación del acto --y por lo tanto del momento para iniciar la apreciación del plazo-- cuando se trata del período de detención. Evidentemente, la cuenta comienza cuando principia la detención, a raíz de la captura del individuo; una captura legítima, se entiende, conforme a las reglas de la flagrancia o al amparo de la orden judicial de aprehensión, porque en el caso de la captura ilegal o arbitraria no se puede plantear siquiera la cuestión del plazo razonable. En el asunto *sub judice*, el momento de detención de la víctima establece el *dies a quo*. Los problemas pueden aparecer, en cambio, cuando se quiere precisar --exista o no privación de libertad-- el acto a partir del cual debe apreciarse el transcurso del tiempo para la conclusión del proceso en los términos del artículo 8.1 de la Convención. Tampoco aquí hubo cuestión por lo que respecta al *Caso López Álvarez*: dado que se detuvo a éste en situación de flagrancia, no había --o no se contó con prueba de que hubiera-- afectación o riesgo de afectación previa de sus derechos, que ya constituyera injerencia del Estado en el ámbito de éstos.

40. Se ha dicho que el plazo razonable para fines del proceso corre a partir de la detención del sujeto. Esta afirmación es inaplicable a los casos, que no son pocos, en que la detención ocurre al cabo de mucho tiempo dedicado y muchas diligencias realizadas en averiguación de delitos y en contra del sujeto al que luego se detendrá. También se afirma que ese plazo inicia cuando el juez se hace cargo de la investigación. Esta regla, que pudiera bastar en sistemas que encomiendan la instrucción al juzgador, no es adecuada para aquellos en que la investigación queda en manos del Ministerio Público y sólo llega al tribunal mucho tiempo después. Se manifiesta, por otra parte, que el plazo puede correr desde el acto de acusación formal por parte del Ministerio Público. Es obvio que esto tiene diverso sentido y distinto alcance en los diferentes sistemas procesales: en uno, la acusación (o un acto al que es posible asignar, por sus características materiales, ese carácter y contenido) se presenta casi inmediatamente; en otro, puede presentarse cuando ha avanzado la actividad persecutoria del Estado. Igualmente se ha señalado que el multicitado plazo comienza cuando se emite auto de procesamiento (con las diversas denominaciones que se otorgan a la resolución que declara la apertura del proceso, una vez cumplidos ciertos supuestos persecutorios). Es claro que al no existir unanimidad de regímenes en torno a esta materia, tampoco podría quedar sujeto el plazo razonable a una referencia que no tiene características uniformes e invariables.

41. La Corte Interamericana ha sostenido anteriormente que el plazo comienza, en materia penal, en la fecha de aprehensión del individuo (cfr. *Caso Suárez Rosero. Sentencia de 2 de noviembre de 1997*. Serie C, No. 35, párr. 70; *Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004*. Serie C, No. 114, párr. 168, y *Caso Acosta Calderón. Sentencia de 24 de junio de 2005*, Serie C, No. 129, párr. 104), y que cuando no es aplicable esta medida, pero se halla en marcha un procedimiento penal, se debe contar el plazo a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del asunto (*Caso Tibi*, cit., párr. 168).

42. En la *Sentencia* a la que agrego este *Voto*, la Corte avanza en la consideración del tema. El avance implica, a mi juicio, un reconocimiento de que las soluciones anteriores debían ser desarrolladas de manera que atendiera los problemas que pueden presentarse en este campo y tomaran en cuenta los diversos sistemas procesales. Así, el Tribunal consideró que "el plazo razonable al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento penal que se desarrolla en contra de cierto imputado, hasta que se dicta sentencia definitiva. En materia penal este plazo comienza cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito" (párr. 129), que tiene relevancia o reviste intensidad en la afectación de derechos del sujeto, sea porque los limite o comprometa activamente (como sucede en el caso del inculpado), sea porque los ignore o difiera de manera inaceptable (como ocurre en el supuesto del ofendido). Por supuesto, la valoración de estos extremos debe realizarse en la circunstancia del caso concreto, con análisis y razonamiento adecuados.

43. Existe aquí, pues, una expansión apreciable sobre el inicio del tiempo a considerar para apreciar la razonabilidad del plazo: no la aprehensión, que ni siquiera es aplicable en todos los casos; tampoco la acusación del Ministerio Público o la resolución judicial de procesamiento, que pueden ocurrir bien avanzada la persecución; ni la apertura formal del proceso (plenario), que igualmente llega cuando se han realizado, acaso por mucho tiempo, actos que inciden en el ámbito de los derechos individuales. Lo que es preciso considerar, en suma, es *aquel acto dentro de la actuación persecutoria del Estado --que tiene diversas manifestaciones y radicaciones antes de llegar, si llega, al formal proceso-- ya dirigido en contra de determinado sujeto, conforme a las prevenciones del Derecho interno, que por ello significa afectación de los derechos de éste*: afectación que no debe prolongarse excesivamente en el itinerario que conduce a la decisión correspondiente: la sentencia firme --como también se indica en este caso-- que pone término al proceso y resuelve, irrevocablemente, la situación del imputado. Esto último no estorba, sin embargo, la operación de recursos extraordinarios para beneficio del imputado.

44. Como se advierte, el acto de referencia para establecer el *dies a quo* del plazo razonable --o, más bien, del tiempo razonable-- no se halla necesariamente recogido en un proceso penal, que acaso no ha comenzado cuando la afectación se presenta. De ahí que la Corte optara por hablar, más extensamente, de procedimiento, sin ingresar en la distinción entre proceso y procedimiento, cuestión interesante desde la perspectiva técnica, que no debiera interferir la tutela eficaz de los derechos humanos. Los términos empleados por la Corte, que ciertamente podrá volver sobre ellos si fuese necesario incluir mayores precisiones, permiten al observador, al intérprete, al agente de la ley, al defensor de los derechos, saber cuál es el alcance del artículo 8.1 de la Convención en cuanto a la garantía de plazo razonable.

(A) PREGUNTAS:

- 1) Esta Ud. de acuerdo con la decisión de la Corte Interamericana respecto del comienzo del cómputo del plazo razonable, al establecer que “En materia penal este plazo comienza cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito”? Cree Ud. que este plazo debería computarse desde algún otro momento o acto? Cuales son las posibles consecuencias que dicha decisión puede tener sobre los derechos de las víctimas a acceder a la justicia en un plazo razonable?
- 2) Cual es la vinculación entre el plazo razonable y la presunción de inocencia; y qué fundamentos existen pues para mantener la legitimidad de la prisión preventiva?

Fermín Ramírez vs. Guatemala**Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf

(Los números de las notas al pie de página no corresponden al documento original)

[...]

VII**HECHOS PROBADOS**

[citas eliminadas del texto original]

54.1 El 10 de mayo de 1997 el señor Fermín Ramírez fue detenido por un grupo de vecinos de la aldea Las Morenas, quienes lo entregaron a la Policía Nacional, por haber cometido, supuestamente, un delito en perjuicio de la menor de edad Grindi Jasmín Franco Torres.

54.2 El 15 de mayo de 1997 el Juzgado Segundo de Primera Instancia del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Escuintla ordenó la prisión preventiva del señor Fermín Ramírez por los delitos de asesinato y violación calificada contra la menor de edad Grindi Jasmín Franco Torres, de 12 años de edad, supuestamente ocurridos el 10 de mayo de 1997 en la finca Las Delicias, cerca de la aldea Las Morenas, municipio de Puerto Iztapa, Departamento de Escuintla, Guatemala.

54.3 El 1º de agosto de 1997 el Ministerio Público presentó una solicitud de apertura del juicio y formuló acusación contra el señor Fermín Ramírez por el delito de violación calificada previsto en el artículo 175 del Código Penal, que establece:

(Violación calificada). Si, con motivo o a consecuencia de la violación, resultare la muerte de la ofendida, se impondrá prisión de 30 a 50 años.

54.4. La formulación de la acusación en Guatemala se basa en el artículo 332 bis, inciso 4 del Código Procesal Penal, que establece que aquélla debe incluir:

[...] La calificación jurídica del hecho punible, razonándose el delito que cada uno de los individuos ha cometido, la forma de participación, el grado de ejecución y las circunstancias agravantes o atenuantes.

54.5. El Ministerio Público formuló acusación en los siguientes términos:

Que con fecha 10 de mayo de 1997, a eso de las once horas con treinta minutos aproximadamente, el acusado Fermín Ramírez, único apellido, o Fermín Ramírez Ordóñez, se constituyó frente a la tienda denominada La Esperanza ubicada en la aldea Las Morenas del Municipio Puerto Iztapa, del departamento de Escuintla, lugar donde se encontraba la niña Grindi Jazmín Franco Torres, a quien dicho acusado le solicitó que le fuera a hacer un mandado y que a cambio de ello le daría la cantidad de veinte quetzales, yéndose dicha menor a hacer el supuesto mandado que le había solicitado el acusado [...]. Posteriormente [el señor Ramírez] la alcanzó [...] y se la llevó sobre la bicicleta que conducía, circulando de sur a norte sobre la calle de terracería que conduce de la aldea Las Morenas hacia la aldea Obrero, de esa misma jurisdicción, y a la altura de la finca Las Delicias, bajó a la menor de la bicicleta y con lujo de fuerza abusó sexualmente de ella empleando tanta violencia que le produjo la muerte por estrangulamiento, todo esto ocurrió a la orilla de dicha calle de terracería, sobre la hierba, a un lado de un quinel que se encuentra en dicho lugar. Posteriormente a cometer el hecho [...], se quitó el pantalón que vestía, se puso una pantaloneta y procedió a arrastrar a la [...] menor, a quien enterró en el mencionado quinel, poniéndole lodo encima, así como un tronco que se encontraba en el lugar, con el propósito de ocultar el cuerpo de la víctima, para luego bañarse en dicho quinel, y seguidamente se retiró del lugar, regresando a la aldea Las Morenas, lugar donde tenía su residencia.

[...]

54.8 En la mañana del 5 de marzo de 1998, durante la primera parte del debate oral y público, el Tribunal de Sentencia incorporó el informe médico legal de 29 de mayo de 1997 sobre la necropsia practicada a la menor de edad fallecida por el Médico Forense Departamental, Luis Erick Douglas de León Barrera, quien ratificó el contenido de dicho informe al declarar en el mencionado debate. A las preguntas del Ministerio Público y del Tribunal, el señor de León Barrera contestó que:

Los pulmones [de la menor de edad fallecida] estaban aumentados de tamaño por la inspiración que efectúan, estaban lógicamente llenos de oxígeno y eso aumenta el tamaño en los pulmones, el conjunto pulmones y tráquea se debe a que probablemente la víctima inspiró en algún momento e inmediatamente después de haber inspirado o durante el momento de la inspiración fue obstruida la tráquea y los grandes vasos. Por las lesiones que están descritas definitivamente sí fue exagerada la violencia que se utilizó en la forma como fue tratada la menor. [...] Sí pudo haber sido una necrofilia sexual, por las características del cadáver, las lesiones en el cuello y las lesiones encontradas en la tráquea; sí pienso que la asfixia fue la causa de la muerte; sí pudo haber sido que la persona violó antes a la niña y después la mató, como para que ella no dijera nada [...].

54.9 En la tarde del 5 de marzo de 1998, al reabrir el debate oral y luego de haber escuchado la declaración del señor Fermín Ramírez y cinco peritajes, incluido el emitido por el doctor de León Barrera (*supra* párr. 54.8), el Tribunal advirtió a las partes sobre la posibilidad de un cambio en la calificación jurídica del delito, sin especificar la nueva calificación, en los siguientes términos:

De acuerdo [con] lo establecido en el artículo trescientos setenta y cuatro y trescientos ochenta y ocho del código procesal penal, el Tribunal advierte a las partes que en el momento oportuno se le puede dar una calificación jurídica distinta de la contemplada en la acusación y el auto de apertura a juicio

54.10 El artículo 333 del Código Procesal Penal dice:

Acusación alternativa. El Ministerio Público, para el caso de que en el debate no resultaren demostrados todos o alguno de los hechos que fundan su calificación jurídica principal, podrá indicar alternativamente las circunstancias de hecho que permitan encuadrar el comportamiento del imputado en una figura delictiva distinta.

54.11 El artículo 373 del Código Procesal Penal prevé:

Ampliación de la acusación. Durante el debate, el Ministerio Público podrá ampliar la acusación, por inclusión de un nuevo hecho o una nueva circunstancia que no hubiera sido mencionado en la acusación o en el auto de apertura del juicio y que modifique la calificación legal o la pena del mismo hecho objeto del debate, o integre la continuación delictiva.

En tal caso, con relación a los hechos o circunstancias atribuidos en la ampliación, el Presidente [del Tribunal] procederá a recibir nueva declaración al acusado e informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o para preparar su intervención. Cuando este derecho sea ejercido, el tribunal suspenderá el debate por un plazo que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la defensa.

Los hechos o circunstancias sobre los cuales verse la ampliación quedarán comprendidos en la imputación.

54.12 El artículo 374 del Código Procesal Penal establece que:

Advertencia de oficio y suspensión del debate. El Presidente del Tribunal advertirá a las partes sobre la modificación posible de la calificación jurídica, quienes podrán ejercer el derecho consagrado en el artículo anterior.

54.13 Luego de realizar dicha advertencia (*supra* párr. 54.9) el Presidente del Tribunal no dispuso de oficio "recibir una nueva declaración" del señor Fermín Ramírez ni informó a las partes que tenían "derecho a pedir la suspensión del debate", según lo establecido en el artículo 373 del Código Procesal Penal. La defensa tampoco solicitó la suspensión del debate. En consecuencia, éste continuó.

54.14 En su alegato de conclusión del debate oral, el Ministerio Público concluyó que el señor Fermín Ramírez era responsable del delito de asesinato, que el hecho se realizó con "ensañamiento" y "con impulso brutal" y solicitó la imposición de la pena de muerte.

54.15 El artículo 132 del Código Penal establece:

(Asesinato). Comete asesinato quien matare a una persona:

[...]

Al reo de asesinato se le impondrá prisión de 25 a 50 años, sin embargo, se le aplicará la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor particular peligrosidad del agente.

A quienes no se les aplique la pena de muerte por este delito, no podrá concedérsele rebaja de pena por ninguna causa²⁶.

²⁶ Cfr. Código Penal de Guatemala (Decreto Número 17-73) (expediente sobre declaraciones rendidas ante fedatario público y prueba para mejor resolver).

[...]

54.17 El artículo 388 del Código Procesal Penal establece:

Sentencia y acusación. La sentencia no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y en el auto de apertura del juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación, salvo cuando favorezca al acusado.

En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella de la acusación o de la del auto de apertura del juicio, o imponer penas mayores o menores que la pedida por el Ministerio Público.

54.18 [...]

En sus consideraciones el Tribunal razonó, *inter alia*, que

[es obligación de los jueces] votar en cada una de las cuestiones a decidirse en la presente sentencia, conforme a las reglas de la sana crítica razonada [...] Asimismo, de conformidad con la Ley, la sentencia no podrá dar por acreditados otros hechos o circunstancias que los descritos en la acusación y el auto de apertura a juicio por lo que luego de la deliberación y votación correspondiente se llegan a las siguientes conclusiones:

[...] E) En virtud de la prueba anteriormente analizada y valorada, se establece plenamente la verdad sobre la forma en que ocurrieron los hechos, hechos que se corroboraron con los medios científicos que para el efecto se establecieron durante la secuela del debate, como lo fueron los informes y las declaraciones de los peritos [...] recibidos en el debate que constatan la total participación del procesado en los hechos investigados, ya que los análisis médicos, químicos y fotográficos son contundentes y no hacen más que corroborar lo declarado por los testigos presenciales en cada uno de los momentos que precedieron a la muerte violenta de la menor [de edad] GRINDI YASMIN FRANCO TORRES, así como los momentos posteriores a la misma [...].

[...] F) [La versión del señor Fermín Ramírez] resulta inverosímil y se toma como un medio de defensa, de conformidad con el artículo dieciséis de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece que en proceso penal, ninguna persona puede ser obligada a declarar en contra de sí misma. [...]

[...] H) DE LA CALIFICACIÓN DEL DELITO. El artículo 388 del Código Procesal Penal establece que en la sentencia el Tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella de la acusación o la del auto de apertura de juicio o imponer penas mayores o menores que la pedida por el Ministerio Público. En el presente caso, del análisis de la prueba producida en el debate, especialmente en lo que respecta al informe legal referente a la necropsia practicada al cadáver de la menor [...], mismo en el que se establece que la causa de la muerte de dicha menor [de edad], se debió a ASFIXIA POR ESTRANGULAMIENTO, el Tribunal estima que el hecho delictivo imputado al procesado encuadra en la figura contemplada en el artículo 132 del Código Penal, reformado por el Decreto [Número] 20-96 del Congreso de la República, es decir el DELITO DE ASESINATO. Por lo que, por imperativo legal debe cambiarse la tipificación jurídica formulada en la acusación y en el auto de la apertura de juicio, de VIOLACION CALIFICADA AL DELITO DE ASESINATO.

Asimismo, en cuanto a las circunstancias agravantes del delito relativas a la peligrosidad social del procesado, la referida sentencia estableció que

dicho asesinato se cometió con la mayoría de los elementos propios de este delito, tales como ALEVOSIA, PREMEDITACION CONOCIDA, ENSAÑAMIENTO, CON IMPULSO DE PERVERSIDAD BRUTAL Y EL OCULTAMIENTO DEL MISMO, ya que la menor [de edad] Grindi Jasmín Franco Torres fue asesinada con ENSAÑAMIENTO Y PERVERSIDAD BRUTAL, QUE AL VIOLARLA LE DESGARRO SUS ORGANOS GENITALES Y RECTO, ACTUANDO DE ESTA FORMA EN CONTRA DE SU CALIDAD DE MENOR DE EDAD Y DE NIÑA, OCULTANDO POSTERIORMENTE SU CADAVER. Además de las agravantes contenidas en el artículo veintisiete del Código Penal, como son: [el] ABUSO DE

SUPERIORIDAD, [el] DESPOBLADO, EL MENOSPRECIO A LA VICTIMA Y EL ARTIFICIO PARA COMETER EL DELITO AL HABERLE OFRECIDO VEINTE QUETZALES PARA QUE LE HICIERA UN MANDADO. Por lo anterior se viene a determinar la peligrosidad social del procesado [...].

El Tribunal concluyó por unanimidad y “con certeza jurídica” que:

I) [...] el procesado FERMIN RAMÍREZ SIN OTRO APELLIDO Y/O FERMÍN RAMÍREZ ORDÓÑEZ es autor responsable del delito de ASESINATO Y NO DE VIOLACIÓN CALIFICADA, como inicialmente formalizó la acusación el Ministerio Público, ya que la prueba producida en el debate, especialmente el informe médico legal referente a la necropsia practicada al cadáver de la menor [de edad] GRINDI YASMIN FRANCO TORRES en el cual se establece que la causa de la muerte de dicha menor se debió a asfixia por estrangulamiento, informe que fue ratificado por el Doctor DOUGLAS ERICK DE LEON BARRERA, Médico Forense Departamental en la propia audiencia del debate y no como consecuencia de la violación de la menor [de edad] y pudo haber ocurrido que después de fallecida la víctima [el señor Fermín Ramírez] tuvo acceso carnal con el cadáver, convirtiéndose en una NECROFILIA.

Finalmente, en cuanto a la determinación de la pena, decidió que por el “hecho ilícito [de asesinato], le impone [al señor Fermín Ramírez] la PENA DE MUERTE”.

54.19 La defensa del señor Fermín Ramírez interpuso ante la Sala Duodécima de la Corte de Apelaciones Penal de Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente recurso de apelación especial por motivos de fondo y forma contra la sentencia de 6 de marzo de 1998 del Tribunal de Sentencia Penal, dentro del plazo establecido por la ley. Asimismo, la defensa afirmó que el cambio de la denominación del tipo delictivo –violación– al de asesinato, solicitado por el Ministerio Público, constituía ampliación, por lo que debió recibirse nueva declaración al señor Fermín Ramírez. [...]

54.20 El 27 de mayo de 1998 la Sala Duodécima de la Corte de Apelaciones Penal de Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente declaró improcedente el recurso de apelación especial con base en las siguientes consideraciones:

[...] por motivo de Fondo[:] de ninguna manera se violó la presunción de inocencia de [el señor Fermín Ramírez]; toda vez que se respetó el debido proceso; tampoco las garantías judiciales de que gozan los procesados de acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, además, se dan todos los elementos para tipificar el delito de Asesinato de acuerdo con lo establecido en el artículo 132 del Código Penal, toda vez que los hechos atribuidos al procesado fueron consecuencia de una acción normalmente idónea para producirla, conforme a la naturaleza del delito y las circunstancias en que fue cometido, desprendiéndose de esto de que fue aprehendido momentos después de que se dice cometido el hecho; lo aceptado por él en su declaración indagatoria y de las declaraciones de los testigos [...] y el informe rendido por el [perito] del Laboratorio Criminalístico Químico Biológico del Gabinete de identificación de la Policía Nacional y el informe médico Forense de la necropsia practicada al cadáver de la menor fallecida; extremos que sirvieron de fundamento al Tribunal de Sentencia para llegar a la certeza jurídica de que Fermín Ramírez único apellido fue el autor de la muerte violenta de GRINDI YASMIN FRANCO TORRES, criterio que comparte esta Sala y, como consecuencia, debe declarar improcedente el Recurso de Apelación Especial por motivo de Fondo.

En cuanto al motivo de Forma[:] el artículo 373 del Código Procesal Penal no fue inobservado ni erróneamente aplicado por el Tribunal de Sentencia, pues en ningún momento se amplió la acusación por inclusión de un nuevo hecho o una nueva circunstancia que no hubiere sido mencionada en la acusación o en el auto de apertura de juicio, sino que por el contrario, aplicaron correctamente el artículo 388 del mismo cuerpo legal citado en su segundo párrafo, en donde la ley le da facultad al Tribunal de Sentencia, para dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella de la acusación o la del auto de apertura del juicio o imponer penas mayores o menores que la pedida

por el Ministerio Público. En lo que respecta a la violación de los artículos 211, 219, 281 y 305 del Código Procesal Penal, invocados por la defensora [...] al analizarlos, no obstante no haberse citado como violados en el escrito inicial de la interposición del Recurso de Apelación Especial y no haberse invocado como Motivo el de Forma, no se advierte por esta Sala que hayan sido inobservados. En lo referente [a] los artículos 65 y 66 del Código Penal, tampoco fueron violados, pues el Tribunal de Sentencia razonó el motivo por lo que le imponía la pena de muerte al condenado. Por otra parte, esta Sala aprecia que no se cometió en contra del procesado FERMIN RAMIREZ único apellido o FERMIN RAMIREZ ORDOÑEZ injusticia notoria que vulnerara sus derechos constitucionales que la ley le concede a toda persona, sino por el contrario se respetaron; y la pena de muerte impuesta al imputado se fundamentó en las pruebas contundentes producidas en el debate y valoradas por el Tribunal de Sentencia de acuerdo [con] la Sana Crítica Razonada. Por lo antes considerado, también debe declararse improcedente el Recurso de Apelación Especial hecho valer por Motivo de Forma.

54.21 El 6 de junio de 1998 la defensa del señor Fermín Ramírez planteó ante la Sala Duodécima de Apelaciones un recurso de casación sin formalidades. El 7 de julio de 1998 la defensa del señor Fermín Ramírez interpuso ante la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia recurso de casación por el fondo contra la sentencia de 27 de mayo de 1998 emitida por la Sala Duodécima de la Corte de Apelaciones Penal de Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, y denunció errónea interpretación de los artículos 430, 373 y 388 del Código Procesal Penal y del artículo 65 del Código Penal. Al respecto, la defensa alegó que:

[El artículo 430 del Código Procesal Penal fue erróneamente interpretado porque] el Tribunal de segundo grado hizo mérito de la prueba vertida en el debate [...] y en consecuencia también hizo mérito de los hechos probados [...] sin tener facultades para ello. [El artículo 373 del citado cuerpo legal fue erróneamente interpretado porque] si bien es cierto no hubo ampliación de acusación esto es una violación al procedimiento que perjudicó al imputado [por] la inclusión de nuevos hechos dentro del proceso [...] y por lo tanto se omitió el derecho que tenía el imputado o su defensor de pedir la suspensión. Así mismo, si las posibilidades de cambio de la calificación jurídica se orientaban hacia un tipo penal más grave, debió efectuarse la advertencia contenida en el artículo 374 del mismo cuerpo legal. [El artículo 388 del Código Procesal Penal fue erróneamente interpretado porque] el Tribunal de segundo grado consideró aplicado correctamente el artículo [...] en cuanto a la facultad del tribunal de Sentencia Penal [...] de dar al hecho una calificación jurídica distinta de la contenida en la acusación o en el auto de apertura a juicio o a imponer penas mayores o menores pedidas por el Ministerio Público sin tomar en cuenta que los hechos sobre los que se basó su sentencia ya no eran los mismos que dieron origen al proceso [...]; por consiguiente el Tribunal de primer grado no estaba facultado para modificar la calificación jurídica a los hechos en vista que no se habían cumplido los requisitos que garantizan la inviolabilidad de la defensa a través del artículo 12 de la Constitución Política de la República. [El artículo 65 del Código Penal fue interpretado erróneamente, ya que] el tribunal de segundo grado [...] omitió [...] señalar que en ningún momento el tribunal de sentencia hizo mérito de los antecedentes personales de éste y de la víctima [ni] de la mayor o menor peligrosidad del imputado, circunstancia que debe ser antecedente y no consecuente de la pena, así también omitió en su razonamiento los elementos y circunstancias del hecho en que se basó por aplicar las circunstancias agravantes contenidas en la sentencia de primer grado, ya que sólo se limitó a la descripción numérica de las mismas.

54.22 El 17 de agosto de 1998 la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia consideró que el recurso de casación interpuesto por la defensa del señor Fermín Ramírez había sido planteado erróneamente, pues únicamente indicó que lo interponía por motivo de fondo pero no señaló, según la ley aplicable, cuál era el caso de procedencia que invocaba. Sin embargo, revisó de oficio la sentencia de segunda instancia por tratarse de un caso de pena de muerte, con el fin de establecer, *inter alia*, si en el proceso se observaron las garantías constitucionales y legales. Dicha Cámara Penal declaró improcedente el recurso y mencionó que:

[...] las normas legales señaladas como infringidas deben ser de naturaleza sustantiva y no procesal. En el caso de examen [...] el recurrente denuncia infracción de [...] normas de naturaleza eminentemente adjetiva, defecto de planteamiento que imposibilita examinar el recurso.

[...] la interponerte se limitó a expresar su inconformidad con lo resuelto en ese aspecto; pero omitió formular tesis que dé sustento a su denuncia, lo cual imposibilita el examen del caso.

[...] que no se da ninguno de los motivos de forma o de fondo de casación regulados en el Código Procesal Penal.

[...] que el proceso se substanció en apego a las garantías judiciales dando satisfacción al derecho de defensa del imputado, no encontrándose ninguna circunstancia que amerite su anulación al observarse, por parte de los tribunales que han conocido del caso, todas las normas relativas a la tramitación del juicio, sin privar al procesado de su derecho de accionar ante los jueces competentes y preestablecidos, de defenderse, de ofrecer y aportar prueba, de presentar alegatos y de usar medios de impugnación o sea se atendió plenamente la garantía constitucional del debido proceso.

54.23 El 30 de septiembre de 1998 la defensa del señor Fermín Ramírez presentó ante la Corte de Constitucionalidad un recurso de amparo contra la decisión de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de 17 de agosto de 1998. En dicho recurso solicitó un amparo provisional y alegó, *inter alia*, las violaciones al derecho a la vida, a la defensa, al debido proceso y a la presunción de inocencia. [...]

54.24 El 18 de febrero de 1999 la Corte de Constitucionalidad, en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo, denegó el amparo solicitado el 30 de septiembre de 1998(...).

[...]

54.26 El 14 de mayo de 1999 la defensa interpuso ante la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia recurso de revisión contra la sentencia ejecutoriada de 6 de marzo de 1998 emitida por el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Escuintla, en virtud de que fueron agotados todos los recursos ordinarios y extraordinarios. Alegó que:

[...] la pena que [] le impusieron [al señor Fermín Ramírez] fue basada en presunciones porque nadie vio que le hubiera dado muerte [a la menor de edad.]

[...] el valor asignado a [la] prueba para imponer la pena de muerte [al señor Fermín Ramírez] carece de validez ya que sólo existe prueba indirecta y por eso se violó el artículo 18 de la Constitución [...]

[...] por presunción se cambió la calificación del delito y por presunción se condenó al señor Fermín Ramírez a muerte.

54.27 El 12 de julio de 1999 la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia declaró sin lugar el recurso de revisión, por falta de sustento. Al respecto, manifestó que:

[...] el recurrente en ningún momento [...] demostró que las pruebas de cargo consistentes en declaraciones [...] las cuales sirvieron de fundamento para su condena, carezcan del valor probatorio atribuido por el órgano jurisdiccional competente en su oportunidad; además, tampoco evidenció el interesado que aquellas pruebas sean falsas, inválidas, adulteradas o falsificadas al no aportar elemento alguno que acreditara esos extremos[, por lo que] la revisión que se pretende carece de sustentación y debe desestimarse.

54.28 El 27 de julio de 1999 la defensa presentó recurso de gracia ante el Ministro de Gobernación para que enviara el expediente al Presidente de la República, con fundamento en el artículo 1º del Decreto Número 159 de la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, reformado por el artículo 2.1 del Decreto Número 45 de la Junta Revolucionaria de Gobierno; el artículo 12 del Decreto Número 159 de la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, reformado por el artículo 3 del Decreto Número 45 de la Junta Revolucionaria de Gobierno, y el artículo 2 del Decreto Número 100-96 del Congreso de la República, Ley Reguladora de la Pena de Muerte. En dicho recurso la defensa solicitó, *inter alía*, que se “conmutara al señor Fermín Ramírez] la pena de muerte por la inmediata inferior de cincuenta años de prisión”.

54.29 El 1º de junio de 2000 fue publicado en el Diario de Centro América el Decreto Número 32-2000 suscrito el 11 de mayo de 2000, mediante el cual el Congreso de la República derogó expresamente el Decreto Número 159 de la Asamblea Nacional, ya que “no había norma que sirviera de fundamento para que el Organismo Ejecutivo pudiera conmutar la pena de muerte como establece dicho Decreto[, ...] al haberse derogado las Constituciones anteriores”. Asimismo, decretó que el Decreto Número 32-2000 entraría en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial.

54.30 El 2 de junio de 2000 fue publicado en el Diario de Centro América el Acuerdo Gubernativo Número 235-2000 suscrito el 31 de mayo de 2000, mediante el cual el Presidente de la República, (...) denegó el recurso de gracia interpuesto por la defensa del señor Fermín Ramírez.

54.31 El 9 de junio de 2000 la defensa del señor Fermín Ramírez interpuso recurso de amparo ante la Corte de Constitucionalidad contra la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Duodécima de la Corte de Apelaciones Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente y el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Escuintla, por violación de las garantías del debido proceso y derecho de defensa. Asimismo, solicitó amparo provisional ante el “eminente peligro que se ejecutara la pena de muerte en [...] contra del señor Fermín Ramírez como consecuencia de violar el debido proceso, el principio de defensa y de aportar prueba”. (...)

54.32 El 21 de noviembre del 2000 la Corte de Constitucionalidad, en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo, denegó el amparo de 9 de junio de 2000 para evitar constituirse en “una tercera instancia, prohibida por la ley”. (...)

54.33 El 28 de noviembre de 2000 la defensa del señor Fermín Ramírez presentó ante el Juzgado Segundo de Ejecución Penal un “incidente de falta de ejecutoriedad de la sentencia” de 6 de marzo de 1998 que lo condenó a muerte, a fin de evitar que se fijara día y hora para la ejecución de la sentencia, ya que al ser declarados sin lugar “los recursos de apelación especial, casación, amparo, revisión y de gracia, interpuestos por el señor Fermín Ramírez, y persistiendo la violación a su derecho del debido proceso, presentó recurso de denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que, como jurisdiccional de los tribunales penales guatemaltecos declare si efectivamente se violó en su caso el debido proceso, estando en trámite dicho recurso”.

54.34 El 22 de diciembre de 2000 el Juzgado Segundo de Ejecución Penal declaró sin lugar el incidente de falta de ejecutoriedad de la sentencia, debido, *inter alia*, a que

el condenado o el defensor debieron haber aportado certificaciones de los documentos que ofrecieron en el memorial inicial para poder hacer un análisis de los mismos, lo cual no se hizo perdiéndose, con ello, el propósito de la audiencia, en consecuencia, no habiendo prueba que analizar ni valorar el presente incidente debe declararse sin lugar. En cuanto a lo solicitado por el abogado defensor de abrir a prueba el presente incidente para aportar la prueba, el suscrito es del criterio que tal solicitud es totalmente improcedente pues esto sería variar las formas del proceso.

54.35 El 2 de enero de 2001 la defensa interpuso recurso de apelación especial contra la resolución de 22 de diciembre de 2000, por motivos de forma, ante el Juzgado Segundo de Ejecución Penal y solicitó que se procediera "a trasladar y elevar el [...] recurso a la Sala Jurisdiccional", en el cual alegó que

[se inobservó el artículo 16 de la Ley del Organismo Judicial, ya que] el Juzgado obvió abrir a prueba el proceso con las pruebas que se propusieron, pues no debió de fijar audiencia para resolver el incidente sino para que se diligenciara la prueba propuesta y, posteriormente, si era su criterio fijar la audiencia para discutir el incidente en audiencia oral y pública [...]

[se inobservó el artículo 12 de la Constitución, ya que se dejó al señor Fermín Ramírez] en total indefensión y no se le dio la suficiente oportunidad de defenderse a efecto de probar que existía todavía pendiente que resolver, y del cual dependerá el cumplimiento de la sentencia que le impuso, y al declarar sin lugar el recurso violando garantías constitucionales, se está violando el derecho de defensa [...].

54.36 El 31 de enero de 2001 la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones declaró sin lugar dicho recurso y confirmó la sentencia de 22 de diciembre de 2000, argumentando que

[...] no [se] encuentra violación alguna a las normas que se señalan como infringidas, puesto que el artículo 139 de la Ley del Organismo Judicial [...] no tiene prevista la apertura a prueba, sino únicamente la recepción de las pruebas, cuando el incidente se refiere a cuestiones de hecho, en no más de dos audiencias [...]; y, en este caso concreto, el Juez señaló audiencia para la recepción de pruebas, sin que se hayan aportado éstas por el proponente, por lo que procedió a resolver el incidente.

54.37 El 13 de febrero de 2001 la defensa presentó recurso de amparo ante la Cámara de Amparo y Antejuicio de la Corte Suprema de Justicia contra la decisión de 31 de enero de 2001. Alegó que

[dicha decisión] no se tramitó conforme al proceso legal y se le estaba aplicando, como lo hizo el juzgado, una ley que es distinta a la que corresponde al caso del señor Fermín Ramírez.]

[se violó el] derecho [del señor Fermín Ramírez] a saber quién era el Fiscal que seguiría [su] caso y poder establecer la compatibilidad [...]

[...] la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones [...] violó el debido proceso del señor Fermín Ramírez y su derecho de defensa.

54.38 El 18 de mayo de 2001 la Cámara de Amparo y Antejuicio de la Corte Suprema de Justicia declaró "notoriamente improcedente" el recurso de amparo interpuesto el 13 de febrero de 2001. Dicho fallo fue notificado a la defensa el 4 de junio de 2001. [...]

54.39 El 4 de junio de 2001, fecha en que fue notificada a la defensa del señor Fermín Ramírez la sentencia de 18 de mayo de 2001, aquella presentó ante la Cámara de Amparo y Antejuicio de la Corte Suprema de Justicia un recurso de ampliación contra dicha sentencia, por haber “omitido resolver alguno de los puntos sobre los que versare el amparo”, en este caso, por no referirse a la solicitud de la apertura a prueba del incidente relativo a la ejecución de la pena, ni a la alegada violación del derecho del señor Fermín Ramírez a conocer del cambio de fiscal que siguió su caso.

54.40 El 21 de junio de 2001 la Cámara de Amparo y Antejuicio de la Corte Suprema de Justicia declaró sin lugar el recurso de ampliación presentado el 4 de julio de 2001. [...]

54.41 El 11 de julio de 2001 la defensa interpuso recurso de apelación contra la sentencia de amparo de 18 de mayo de 2001 ante la Corte de Constitucionalidad.

54.42 El 19 de diciembre de 2001 la Corte de Constitucionalidad confirmó la sentencia apelada.

54.43 El 8 de marzo de 2002 la defensa del señor Fermín Ramírez interpuso un nuevo recurso de revisión ante la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia contra la sentencia penal ejecutoriada de 6 de marzo de 1998, con fundamento en que se había impuesto la pena de muerte por la peligrosidad del reo, sin que existiera un examen médico psiquiátrico que determinara esta circunstancia. Agregó que

[...] el juez no puede deducir la peligrosidad de prueba indiciaria y, como así lo hizo, fue que cometió inconstitucionalidad. Si el tribunal de sentencia quería imponer la pena de muerte al señor Fermín Ramírez debió ordenar si no lo ofreció la parte acusadora, el examen de un médico psiquiatra para que determinara si es o no peligroso y, en caso afirmativo, tampoco podía imponerle esa pena[.]

[...] procede declarar con lugar [el recurso de] revisión pronunciando directamente la sentencia definitiva aplicando la nueva pena de prisión de cincuenta años con abono del tiempo que [el señor Fermín Ramírez ha] permanecido en prisión.

54.44 El 2 de abril de 2002 la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia rechazó de plano el recurso de revisión. Consideró que

[...] para admitir para su trámite el recurso de revisión debe cumplirse con los requerimientos de modo y forma que establece la ley. En el presente caso, la defensa no señaló concretamente cuáles son los hechos o elementos de prueba sobrevenidos después de la condena, que unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho o una circunstancia que agravó la pena no existió, o que el condenado no lo cometió; porque no basta que el recurrente invoque como prueba documental las sentencias de primero y segundo grado, así como la de Casación y de Amparo sin señalar concretamente las razones de su idoneidad para fundar una condena menos grave o su absolución.

54.45 El 25 de abril de 2002 la defensa interpuso ante la Corte de Constitucionalidad recurso de amparo contra la sentencia de 2 de abril de 2002 y solicitó un amparo provisional “en virtud que existe eminente peligro que se ejecute la pena de muerte en contra del señor Fermín Ramírez sin que le permitan agotar todos los recursos necesarios para defenderse”. Con respecto a la sentencia de 2 de abril de 2002, la defensa alegó que

[...] la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, violó el artículo 18 de la Constitución Política de la República, porque obligadamente tenía que darle trámite al recurso de revisión, previo si faltaba algún requisito dar el plazo correspondiente para corregirlo, pero nunca rechazarlo porque falta a sus obligaciones. También infringió el artículo 14 inciso 5) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, porque se le coartaba al señor Fermín Ramírez el derecho que el fallo condenatorio y la pena que le impusieron sea sometido a un Tribunal superior. En esa misma forma se quebranta el artículo 8 inciso 2 literal h de la Convención Americana de Derechos Humanos, porque le restringen su derecho a recurrir el fallo ante tribunal superior. También el artículo 398 del Código Procesal Penal se infringió porque coarta su facultad de impugnar la resolución que contiene la pena de muerte que arbitrariamente le impusieron; y la Salvaguardia 4 de las Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte ya que si existiera el dictamen médico psiquiatra dijera que [...] no es peligroso social y por lo mismo, no correspondía que le impusieran la pena de muerte; pero como no lo hicieron así, fue que se la impusieron arbitrariamente. Por lo tanto, procede otorgar la acción de Amparo restableciendo su derecho a recurrir y por lo mismo, la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal le dé trámite al Recurso de Revisión que interpuso.

54.46 El 30 de diciembre de 2002 la Corte de Constitucionalidad, en calidad de tribunal extraordinario de amparo, otorgó amparo al señor Fermín Ramírez y ordenó a la Corte Suprema de Justicia que dictara una nueva resolución sobre la admisibilidad del recurso de revisión. Al respecto, consideró que:

Analizados los antecedentes del amparo se establece que la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, al rechazar el recurso de revisión interpuesto por el amparista, vedó al mismo su derecho constitucional de acceder a los medios de impugnación establecidos en la ley, toda vez que se aprecia que el contenido de dicho auto, más que una declaratoria sobre la admisibilidad de la revisión, constituye la decisión sobre el fondo del asunto, no obstante que tal pronunciamiento deberá efectuarse el referido órgano jurisdiccional luego de agotado el trámite que, según la normativa procesal penal, debe conferírsele al recurso de revisión –artículos 458 y 459 del Código Procesal Penal.

54.47 El 25 de noviembre de 2003 la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia emitió sentencia y declaró sin lugar el recurso de revisión interpuesto por la defensa contra la sentencia de 6 de marzo de 1998. Consideró que:

[...] el recurrente no expresó el porqué consideraba que las sentencias aportadas constituyen elementos de prueba sobrevenidos después de la sentencia [...]. A pesar de [esa] deficiencia, [l]a Cámara analizó los elementos de prueba ofrecidos en la revisión, determinándose que las sentencias recibidas como medios de prueba [...] no cumplen con la exigencia del artículo 455 inciso 5) del Código Procesal Penal, al no ser hechos o elementos de prueba que hayan sobrevenido después de la condena [...].

54.48 El 22 de diciembre de 2003 la defensa del señor Fermín Ramírez interpuso ante la Corte de Constitucionalidad una "acción de inconstitucionalidad parcial de carácter general" del penúltimo párrafo del artículo 132 del Código Penal y su reforma, tanto del Decreto Número 17-73 como del Decreto Número 20-96, ambos del Congreso de la República. Alegó que

[...] las circunstancias del hecho, la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles [establecidos en el penúltimo párrafo del artículo 132 del Código Penal permiten obtener esa peligrosidad e imponer la pena de muerte, lo cual es precisamente lo inconstitucional, porque esos elementos [...] son para probar los mismos, y no para probar la peligrosidad y por eso es extraída de hechos conocidos para llegar a conocer otros desconocidos como es esa peligrosidad obtenida de un proceso lógico deductivo y no de prueba directa.

54.49 El 30 de diciembre de 2003 la Corte de Constitucionalidad resolvió no decretar la suspensión provisional de la norma impugnada.

54.50 El 20 de julio de 2004 la Corte de Constitucionalidad declaró sin lugar la acción de inconstitucionalidad parcial de carácter general interpuesta en relación con el artículo 132 del Código Penal del Decreto Número 17-73 y el artículo 5 del Decreto Número 20-96, ambos del Congreso de la República de Guatemala. Señaló que:

[...] el incidentante no efectuó el análisis confrontativo necesario para establecer si la norma ordinaria impugnada es contraria a los preceptos constitucionales que denuncia violados. El interponente limitó su exposición a relacionar sucesos, sin producir la contrastación normativa que posibilitara advertir el vicio que denuncia. Tal defecto permite arribar a la conclusión de que el incidente, tal como fue planteado, carece de fundamento y, por lo mismo, resulta notoriamente improcedente, lo que hace que deba ser declarado sin lugar [...].

54.51 El 6 de mayo de 2004 la defensa del señor Fermín Ramírez interpuso un segundo recurso de indulto, el cual no ha sido resuelto al momento de dictar la presente Sentencia.

54.52 El 11 de abril de 2005 el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Escuintla declaró procedente un recurso constitucional de exhibición personal planteado por la Procuraduría de los Derechos Humanos a favor de las personas privadas de libertad, procesadas y condenadas que se encuentran en los sectores del centro de Alta Seguridad denominado "el Infiernito", situado en el perímetro de la Granja Modelo de Rehabilitación Canadá, Escuintla y de los reclusos que se encuentran presentando alteraciones gastrointestinales y en la piel, por lo que ordenó que se iniciara la investigación correspondiente.

54.53 Actualmente, la ejecución de la pena de muerte del señor Fermín Ramírez se encuentra bajo competencia del Juzgado Segundo de Ejecución Penal y está suspendida por estar vigentes las medidas provisionales ordenadas por la Corte en el presente caso (*supra* párrs. 32-41).

[...]

VIII
ARTÍCULOS 8 Y 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA EN RELACIÓN
CON EL ARTÍCULO 1.1 DE LA MISMA
(GARANTÍAS JUDICIALES Y PROTECCIÓN JUDICIAL)

56. *Alegatos de los representantes:*

Respecto de la violación del artículo 8 de la Convención Americana

a) la base del derecho a la defensa radica en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación, considerando todas las circunstancias relevantes para evitar o aminorar la consecuencia jurídica (pena o medida de seguridad y corrección) o inhibir la persecución penal;

- b) se requiere intimación o conocimiento previo y detallado de la acusación;
- c) el derecho a ser oído carece de sentido si la sentencia puede exceder el hecho y las circunstancias que contiene la acusación;

Respecto del proceso penal seguido contra el señor Fermín Ramírez

- d) en los términos del artículo 374 del Código Procesal Penal, si el tribunal de sentencia advierte de oficio que puede cambiar la calificación jurídica sobre los hechos imputados, aquél debe informar al acusado acerca de esta posibilidad y tomarle declaración sobre los nuevos hechos, a efectos de que pueda solicitar la suspensión del debate y ejercitar el derecho de aportar nueva prueba o argumentos jurídicos;

Respecto de la violación del artículo 8.2 de la Convención

- e) la víctima del delito contaba con 12 años al momento en que se realizó el hecho, por lo que no era aplicable la pena de muerte, sino la de prisión de 30 a 50 años. La acusación formulada por el Ministerio Público no contemplaba la condena a muerte;
- f) para salvaguardar el derecho de defensa y la comunicación previa y detallada de la acusación, el artículo 333 del Código Procesal Penal garantiza la posibilidad de presentar una acusación alternativa, en cuyo caso el Ministerio Público puede pretender la aplicación de una norma jurídica distinta, por considerar que existen circunstancias concurrentes. Esto evita la sorpresiva alteración del marco fáctico o de la calificación jurídica de los hechos y garantiza el derecho de defensa del imputado;
- g) en el derecho procesal guatemalteco el derecho a la intimación reviste suma importancia. Se prevé una audiencia para discutir la acusación y ejercer el control de todos los puntos fácticos y jurídicos de ésta. En dicha audiencia el imputado puede ejercer el derecho de defensa;
- h) al formular la acusación, el Ministerio Público sólo mencionó la pena de 30 a 50 años de prisión. Cuando presentó alegatos finales, aludió a la posibilidad de solicitar la pena de muerte. El cambio de calificación jurídica se operó en la sentencia, sin que se hubiese informado previamente al señor Fermín Ramírez. Ese cambio modificó la naturaleza de la acusación en el juicio, ya que el Tribunal cambió los hechos que luego tuvo por acreditados en la sentencia;
- i) la agravante de peligrosidad no ha sido definida expresamente dentro de la jurisprudencia guatemalteca. Algunos tribunales hablan de peligrosidad social y otros de peligrosidad criminal. La doctrina señala que la peligrosidad social no puede ser invocada en un estado democrático de derecho, en cuanto corresponde a un derecho penal de autor. La peligrosidad criminal implica el

juicio del tribunal sobre la probabilidad de que el acusado cometa nuevos delitos en el futuro, cuando es inimputable y se discute la necesidad de aplicar una medida de seguridad. Por tanto, la peligrosidad criminal no puede ser presumida, sino ha de ser probada;

j) el Ministerio Público no solicitó una ampliación de la acusación en los términos de los artículos 373 y 374 del Código Procesal Penal, respecto de la agravante de peligrosidad, para que el tribunal pudiera tener esa circunstancia por acreditada en la sentencia;

k) ninguna decisión judicial puede fundamentarse en el convencimiento privado del juez o en juicios que no han podido ser contradichos por la defensa, como ocurrió en el presente caso: la sentencia de condena del señor Fermín Ramírez no contempla ningún dato objetivo incorporado legalmente al proceso que sea idóneo para producir un conocimiento cierto o probable acerca de la peligrosidad criminal del condenado;

l) los órganos judiciales del Estado actuaron de manera discriminatoria. En otros casos se han anulado sentencias por falta de imputación e intimación de peligrosidad criminal en la acusación. Asimismo, la Corte de Apelaciones ha anulado, en un caso similar, la imposición de la pena de muerte por no haber existido comunicación previa y detallada acerca de la agravante de peligrosidad;

Respecto de la violación al artículo 8.2.c) de la Convención

m) el conocimiento previo y detallado de la acusación en contra del señor Fermín Ramírez, en cuanto a la posible calificación jurídica de asesinato y a la agravante de peligrosidad, hubiera permitido que la defensa solicitara la división del debate y preparara prueba de descargo;

n) el hecho de que nunca se advirtiera al señor Fermín Ramírez que el delito por el cual iba ser juzgado suponía la posibilidad de imponer la pena de muerte, hizo que la defensa considerara innecesario solicitar la división del debate y ofrecer prueba específica sobre la determinación de la pena;

Respecto de la violación del artículo 8.2.f) de la Convención Americana

o) los Tribunales de Justicia violaron el derecho a la presunción de inocencia, ya que dieron por probada la peligrosidad sin que existiera prueba específica sobre ésta, apoyándose sólo en la apreciación "subjetiva e irracional" del Tribunal de Sentencia;

p) bajo el principio de presunción de inocencia: 1) la culpabilidad del acusado deberá establecerse más allá de la duda razonable; 2) el acusado deberá gozar del beneficio de la duda; y 3) el peso de la prueba descansa en el fiscal, cuyo deber es desvirtuar la presunción que existe a favor del acusado;

Respecto de las violaciones de los artículos 25 y 8.2.h) de la Convención Americana

- q) el derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superiores constituye un elemento esencial del debido proceso y tiene el carácter de inderogable;
- r) la existencia de un orden normativo que asegura el derecho de apelar y revisar una sentencia no es suficiente para cumplir el debido proceso legal y garantizar el derecho del inculpado a impugnar la sentencia de condena;
- s) los tribunales que conocieron de los recursos de apelación y otras impugnaciones no repararon la violación al derecho a la vida y a las garantías judiciales mínimas;
- t) la falta de precisión del término "peligrosidad" hace "ilusorio" el derecho a la revisión del fallo condenatorio, en la medida en que ante la ambigüedad de dicho término resulta imposible revisar los elementos fácticos y jurídicos que dan lugar a la imposición de la pena de muerte;
- u) hubo falta de tutela judicial efectiva por parte de los órganos superiores que conocieron del caso; y
- v) la ley interna regula recursos que no reúnen las exigencias necesarias para asegurar la revisión del fallo de una manera integral. El recurso de apelación especial se ha convertido en un recurso formalista y técnico, que no permite a los imputados acceder a la revisión integral de la sentencia. La casación es un recurso limitado a las cuestiones de derecho. El amparo en materia penal no hace consideraciones sobre los hechos acreditados por el tribunal o acerca de las pruebas y de la valoración probatoria efectuada por el tribunal de sentencia.

57. *Alegatos del Estado:*

Respecto de la violación del artículo 8 de la Convención Americana

- a) en el desarrollo del debate de 5 de marzo de 1998 el tribunal de sentencia advirtió a las partes, con base en el artículo 374 del Código Procesal Penal, que en el momento oportuno se podría dar a los hechos una calificación jurídica distinta de la contemplada en la acusación y en el auto de apertura a juicio;
- b) el artículo 373 del Código Procesal Penal establece el derecho de las partes a solicitar la suspensión del debate, para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención. Cuando el tribunal de sentencia advirtió a las partes sobre el posible cambio de la calificación jurídica del hecho, garantizó el derecho de defensa del imputado; sin embargo, éste no fue ejercido en el momento procesal oportuno;

- c) no existió violación al artículo 8 de la Convención, pues al inicio del debate se dio lectura íntegra a la acusación y al auto de apertura;
- d) si el señor Fermín Ramírez no fue oído sobre otros hechos, se debió a que la defensa no ejerció el derecho procesal de pedir la suspensión del debate;
- e) no fueron incluidos hechos o medios de prueba nuevos. La advertencia hecha por el Tribunal no se debía a la incorporación de éstos, sino fue realizada después de que el perito declaró que la causa de la muerte de la menor había sido asfixia por estrangulamiento;
- f) en la sentencia, el tribunal no dio por acreditado el hecho de que después de fallecida la menor el señor Fermín Ramírez tuviera acceso carnal con el cadáver, y por ello no existió incorporación de nuevos hechos al proceso penal;
- g) en cuanto al cambio de la calificación jurídica del hecho, el Tribunal de Sentencia actuó al amparo del artículo 388 del Código Procesal Penal, que le otorga la facultad de dar al hecho una calificación distinta de la contenida en la acusación o en la apertura a juicio. Para adoptar su decisión, el Tribunal debe valorar conforme a la sana crítica todos los medios de prueba producidos en el debate;
- h) el tribunal estableció, conforme a la prueba producida, que la causa de la muerte de la menor encuadraba en el delito de asesinato. Es irrelevante si la violación sexual fue cometida antes, durante o después de haber dado muerte a la menor. Lo importante para la tipificación del delito cometido es la determinación de las causas que originaron la muerte;
- i) de los hechos presentados en la acusación y establecidos a través de las pruebas producidas en el debate se presupone la peligrosidad que reveló el señor Fermín Ramírez en la comisión del delito. El tribunal de sentencia consideró que el señor Fermín Ramírez incurrió en seis de las ocho agravantes que permiten calificar el delito como asesinato; y

Respecto de la violación del artículo 25 de la Convención Americana

- j) durante el proceso se respetó el derecho a la protección judicial. El señor Fermín Ramírez tuvo acceso a los recursos que contempla la legislación interna. No se vulneró el derecho a ejercerlos.

[...]

(B) PREGUNTAS:

- 3) La Corte Interamericana, en el presente caso, ordenó “que el Estado lleve a cabo, en un plazo razonable, un nuevo enjuiciamiento en contra del señor Fermín Ramírez, que satisfaga las exigencias del debido proceso legal, con plenas garantías de audiencia y defensa para el inculpado”. Al momento de implementarlo, sin embargo, algunos de los testigos claves en el caso, incluyendo los padres de la víctima habían fallecido. Protege esta decisión los derechos de las víctimas y sus familiares? Sería el Estado responsable de una tercer demanda por parte de esas víctimas por denegación y retardo de justicia?

LECTURA 2

Tomada de: Yuria Saavedra Álvarez, "Las garantías del debido proceso en el derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 247, México, UNAM, 2007, pp. 289-317.

LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Yuria SAAVEDRA ÁLVAREZ*

SUMARIO: *Introducción. I. Derechos de los acusados. a) Nullum crimen, nulla poena sine lege. b) Ne bis in idem. c) Detención provisional. d) Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. e) Derecho a ser asistido por un defensor y/o a defenderse personalmente. II. Derechos de las víctimas. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.*

INTRODUCCIÓN

UNO DE LOS principales propósitos del derecho penal internacional es remediar las violaciones más graves a los derechos humanos, aquellas que vulneran o quebrantan ciertos valores, intereses o bienes jurídicos tutelados particularmente por la comunidad internacional y que son considerados incluso como normas de *jus cogens*.¹ La justicia penal y los derechos humanos están intrínsecamente relacionados; recuérdese que la noción moderna de estos derechos encuentra sus orígenes en las primeras instituciones protectoras de la persona, por ejemplo, el *habeas corpus*. Como la justicia penal comprende por definición el uso de las facultades coercitivas del Estado y diversas restricciones a los derechos y libertades de los individuos, la gran mayoría de las constituciones en el mundo y los tratados internacionales de derechos humanos reconocen varios derechos aplicables durante los procesos penales. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“Pacto Internacional”) en sus artículos 9, 10, 14 y 15; el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“Convención Europea”), artículos 5, 6 y 7; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Convención Americana”) en los artículos 5, 6, 7, 8 y 9; y, la

* Profesora en la Facultad de Derecho de la UNAM. Doctorante en esta misma institución.

¹ *Cfr.* BROOMHALL, Bruce, *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, p. 41.

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (“Carta Africana”), en sus artículos 6 y 7, garantizan el derecho a la libertad y la seguridad personales, al debido proceso, al trato humano, entre otros. Todas estas disposiciones se dirigen a salvaguardar al individuo contra la arbitrariedad de la autoridad en el ámbito penal.

No obstante, a nivel internacional, la justicia penal se enfrenta a diversos retos ante el concepto clásico de los derechos humanos. Estos desafíos se desprenden de las características esenciales del derecho penal internacional, entre las más triviales, que las cortes penales internacionales no poseen un aparato represivo propio por lo que dependen totalmente de la cooperación de los Estados y, ocasionalmente, de las limitadas facultades de coacción de la comunidad internacional. Ello ha tenido consecuencias relevantes en la conducción de las investigaciones, la recolección de pruebas, la aprehensión de los sospechosos y, durante los procesos, en la interpretación y aplicación de las garantías judiciales penales mínimas para los acusados. Los procesos penales internacionales normalmente se han llevado a cabo en situaciones posconflicto y han tenido un impacto relevante en la restauración de la paz y la seguridad nacional e internacional. Por lo tanto, su propósito se extiende más allá de la mera disuasión convirtiéndose en medios importantes para permitir los procesos de reconciliación.²

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que estas cortes tienen competencia sólo respecto de un limitado conjunto de crímenes que se consideran extremadamente graves, lo cual en muchas ocasiones ha dado lugar a diversos debates pues la comunidad internacional, en su afán por “hacer justicia” y combatir la impunidad, ha tolerado la violación a diversos derechos humanos –garantías judiciales– de quienes han sido acusados y juzgados por la comisión de tales crímenes.

Otro aspecto que debe considerarse es que muchos de los procesos que se han realizado ante los tribunales penales internacionales han sido a consecuencia de la negativa o falta de voluntad de los propios Estados para juzgar a personas que normalmente han formado parte de sus altas jerarquías políticas y militares. El apoyo que muchos de ellos han recibido les ha servido precisamente para la comisión de crímenes internacionales, para su encubrimiento y escapar a la justicia así como para obstruir las investigaciones e incluso para intimidar a víctimas y testigos. Lo anterior ha llevado al derecho penal internacional a crear y recurrir a diversos

² Cfr. AKHAVAN, Payam, “Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?”, en *American Journal of International Law*, EUA, no. 1, enero 2001, pp. 7 y ss.

conceptos considerados por algunos como poco ortodoxos, como el de la responsabilidad del superior jerárquico –militar– (*command responsibility*), el de la iniciativa criminal conjunta (*joint criminal enterprise*) o el de la responsabilidad del superior jerárquico civil (*civilian superior responsibility*);³ por otro lado, también se han aplicado procedimientos similares a los utilizados por diversas instancias nacionales para combatir el crimen organizado, particularmente en la recolección y admisibilidad de pruebas, y en la protección de testigos, entre otros, severamente criticados por violar de diversas formas garantías judiciales básicas.⁴ Como ejemplo, se recurre a la celebración de audiencias *in camera* o a la protección de la identidad de la víctima o testigo.⁵

Por lo tanto, las características específicas del derecho penal internacional hacen muy complicado el simple traslado y aplicación de los estándares de derechos humanos en materia penal reconocidos en las jurisdicciones nacionales y en el derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, la pregunta es si se justifica que en el derecho penal internacional puedan restringirse derechos humanos, sólo por mencionar, bajo el argumento de “hacer justicia”.⁶ Si la respuesta fuera afirmativa

³ Sobre estos conceptos *cfr.* Wladimiroff, Michail, “The individual within international law”, en Thakur, Ramesh y Malcontent, Peter (comps.), *From Sovereign Impunity to International Accountability*, Nueva York, United Nations University Press, 2004, pp. 110-111; Szczaranski, Clara, *Culpabilidades y sanciones en crímenes contra los derechos humanos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 105-129 y 191-243.

⁴ *Cfr.* WALD, Patricia M., “Dealing with Witnesses in War Crime Trials: Lessons from the Yugoslav Tribunal”, en *Yale Human Rights and Development Law Journal*, EUA, No. 5, enero, 2002, p. 217.

⁵ Artículo 22 del Estatuto de la Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Respecto a ciertas medidas de protección de testigos que incluso están prohibidas por nuestro sistema penal y que sin embargo se aplican ante el TPIY, *cfr.* *Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "Dule"*, Decision on the Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses, 10 August 1995, *in toto*.

⁶ Un claro ejemplo es el caso *Barayagwiza* ante el TPIR. El acusado alegó haber sido objeto de violaciones a derechos humanos por parte del Fiscal. Básicamente se refirió al largo período de detención provisional –aproximadamente diez meses–, que transcurrió antes de que fuera presentado ante el tribunal. Al respecto, la Sala de Apelaciones resolvió que Barayagwiza debía ser puesto en libertad. Sin embargo, antes de que esta orden fuera ejecutada, el Fiscal formuló una solicitud en la que pidió la revisión de esta decisión con base en la presentación de nuevos hechos desconocidos hasta ese momento. Después de haber examinado diversos elementos, una nueva Sala de Apelaciones decidió que los estos hechos reducían “significativamente” los errores del Fiscal y la severidad de las violaciones a los derechos humanos de Barayagwiza. Por lo tanto, revocó la orden de libertad y resolvió que las violaciones serían resueltas “durante el juicio”: si el acusado era encontrado culpable su condena sería reducida, y si fuera inocente sería indemnizado. *Cfr.* International Criminal Tribunal for Rwanda, *Jean-Bosco*

entonces sería contradictorio que esa comunidad internacional que ha consentido la creación y el desarrollo de mecanismos internacionales para la protección de los derechos humanos no asegurara las mismas garantías mínimas correspondientes durante los procesos ante las instancias penales internacionales.

Si bien las disposiciones que regulan los procesos ante los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda⁷ en general establecen derechos humanos ampliamente reconocidos no puede afirmarse que su aplicación e interpretación siempre ha sido acorde con los estándares que se derivan del derecho internacional de los derechos humanos. Aunque estos tribunales deben aplicar el derecho internacional ninguno de sus Estatutos establece disposición alguna que enumere o enliste las fuentes del derecho a las que podrán recurrir, mucho menos su precedencia –de manera similar al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia–.⁸ No obstante, una situación distinta podría tener lugar en la Corte Penal Internacional pues el artículo 21, párrafo 3º, de su Estatuto cuando se refiere al derecho aplicable por ese tribunal dispone expresamente que “la aplicación e interpretación del derecho –cualquiera sea su fuente– (...) deberá ser *compatible* con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (...)” –énfasis nuestro–. Si bien el Estatuto tampoco se refiere explícitamente a la aplicación de otros tratados internacionales de derechos humanos o a la jurisprudencia de los tribunales internacionales en la materia, como Schabas señala, la referencia a la compatibilidad con los derechos humanos significa de cualquier forma que el Estatuto no se encuentra limitado a los valores que influyeron al momento de su adopción. Como el derecho internacional de los derechos humanos evoluciona constantemente, la alusión a estos derechos en el Estatuto es una “promesa” de su interpretación innovadora en el futuro.⁹

El presente trabajo constituye una introducción al estudio de algunos derechos humanos –específicamente, de garantías del debido proceso en materia penal– aplicables durante los procesos ante la Corte Penal Inter-

Barayagwiza v. The Prosecutor, Appeals Chamber, Decision, 3 noviembre 1999, párrs. 100-112.

⁷ En adelante, “TPIY” y “TPIR”, respectivamente.

⁸ Al respecto, *cf.*, CASSESE, Antonio, “The influence of the European Court of Human Rights on international criminal tribunals –some methodological remarks”, en Bergsmo, Morten (comp.), *Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden. Essays in Honour of Asbjørn Eide*, Leiden, Martines Nijhoff Publishers, 2003, p. 19.

⁹ *Cfr.*, SCHABAS, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 93.

nacional (“CPI”). En tanto que desde sus orígenes los derechos humanos han sido planteados y reconocidos precisamente para proteger a los individuos contra los abusos de autoridad, ello también se extiende a actos que sean cometidos por órganos internacionales, cuanto más si se trata de un órgano de carácter judicial constreñido por principios que aseguren un juicio justo a las partes. La CPI debería su credibilidad y autoridad si hiciera justicia por la violación a los derechos humanos transgrediendo al mismo tiempo estos derechos. Por lo tanto, para clarificar y establecer el esquema de amparo de los derechos humanos establecidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional tanto para sospechosos, inculpados, sentenciados y víctimas debe hacerse una confrontación y análisis a la luz de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. En este sentido, el derecho internacional de los derechos humanos constituye la lupa más adecuada para determinar su grado de protección.¹⁰ Las disposiciones, la jurisprudencia y la doctrina que se han generado alrededor de esta rama del derecho han colaborado en gran medida al planteamiento y desarrollo de diversos derechos mínimos que inciden en el ámbito penal. Las normas internacionales sobre la protección de los derechos humanos durante los procesos penales, su contenido y su interpretación gozan de una aceptación muy sólida en la comunidad internacional. Puede argumentarse que existe un amplio consenso sobre su significado y alcance. Si bien es cierto que debe tomarse en cuenta la especificidad y autonomía del derecho penal internacional, estamos de acuerdo con Cassese cuando se refiere a que la aplicación de la jurisprudencia de otras cortes internacionales por parte del TPIY, particularmente aquella relativa a los derechos humanos, confirma dos corrientes actuales –muy positivas– en el derecho internacional: por un lado, la tendencia de las diferentes áreas del derecho internacional a abandonar su aislamiento o enfoque sectorial para influenciarse mutuamente –incluso fusionarse–; y, en otro sentido, la autoridad cada vez mayor del derecho de los derechos humanos sobre otras esferas del derecho internacional.¹¹ Específicamente en cuanto a la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional, aunque ambas son ramas autónomas del derecho internacional lo cierto es que se vinculan estrechamente en función de que comparten un mismo propósito: la reducción, y de ser posible, la eliminación, de las violacio-

¹⁰ *Cfr.*, ZAPPALÀ, Salvatore, Zappalà, Salvatore, *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 1.

¹¹ *Cfr.*, CASSESE, Antonio, “The influence of the European Court of Human Rights on international criminal tribunals –some methodological remarks”, en Bergsmo, Morten (comp.), *op. cit.*, nota 8, pp. 51 y 52.

nes graves a los derechos humanos,¹² por lo que sus métodos no deben ser necesariamente distintos o incluso incompatibles en función de su autonomía.¹³

En estos términos, sólo nos referiremos a aquellos temas de mayor relevancia y respecto de los cuales existen ciertas divergencias entre los estándares internacionales de derechos humanos y los del derecho penal internacional. Al efecto, nos remitiremos solamente a los Estatutos y a la práctica de los tribunales *ad hoc* y de la CPI para hacer algunas observaciones y sugerencias sobre la aplicación e interpretación de las garantías del debido proceso en el derecho penal internacional y su compatibilidad con los derechos humanos internacionalmente reconocidos,¹⁴ con especial referencia a la CPI.

I. DERECHOS DE LOS ACUSADOS

a) *Nullum crimen, nulla poena sine lege*

Estos principios han sido ampliamente reconocidos como garantías judiciales por los tratados internacionales de derechos humanos.¹⁵ Sin embargo, por lo que se refiere a los tribunales penales internacionales, solamente el Estatuto de la Corte Penal Internacional los establece explícitamente.¹⁶ Precisamente por ello, su aplicación, particularmente el de *nullum crimen sine lege*, representa uno de los obstáculos más relevantes para la

¹² *Cfr.*, MØSE, Eric, “Impact of human rights conventions on the two *ad hoc* Tribunals”, en Bergsmo, Morten (comp.) *op. cit. supra*, p. 206.

¹³ Al respecto, *cfr.*, VILLALPANDO, Waldo, *De los derechos humanos al derecho internacional penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 310-314.

¹⁴ El derecho penal internacional no empieza ni se agota en estos tribunales. La cuestión, en principio, es determinar si existe un solo derecho penal internacional, lo cual está fuera del ámbito de este trabajo. Sin embargo, podemos mencionar que existen otros órganos internacionales e “internacionalizados” que también aplican derecho penal internacional, por ejemplo, la Corte Especial para Sierra Leona, los Paneles Especiales para Crímenes Graves establecidos en Timor Oriental o la Corte Penal Internacional para Camboya –*ad hoc*–, entre otros, cada uno de ellos con distintas bases sustantivas y adjetivas. *Cfr.*, KNOOPS, GEERT-JAN Alexander, *An introduction to the law of the international criminal tribunals*, Arsdley, Transnational Publishers, 2003, pp. 11-19.

¹⁵ *Cfr.*, artículo 14, párr. 2º, del Pacto Internacional; artículo 7 de la Convención Europea; artículo 9 de la Convención Americana; y, artículo 7, párr. 2º, de la Carta Africana.

¹⁶ Artículos 22 y 23.

formulación de un sistema de responsabilidad penal del individuo en el derecho internacional.¹⁷

Desde sus inicios, el derecho penal internacional hubo aceptado que el principio de irretroactividad penal no podía ser usado como una barrera para proteger a los criminales y sustraerlos de la justicia. Sin embargo, particularmente relacionado con el principio de *nullum crimen sine lege*, un Estado no puede invocar su derecho interno –por ejemplo, que el crimen no se encuentre tipificado en la legislación nacional– para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales –como sancionar a los responsables–. Es precisamente en esta situación cuando el derecho penal internacional puede actuar para establecer la responsabilidad internacional de individuos, proteger los derechos de sus víctimas y responder a las “exigencias” de la comunidad internacional sobre el combate a la impunidad. Los principios *nullum crimen*, *nulla poena sine lege*, en estrecha vinculación con el principio de irretroactividad penal, parecen encontrar una excepción que incluso en su momento justificó el establecimiento de los tribunales *ad hoc*. Como es bien conocido, éstos fueron creados no mediante tratados internacionales sino por resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.¹⁸

Al respecto, las críticas principales se refieren no sólo a las facultades de este órgano para establecer tribunales internacionales sino también al carácter especial de éstos por su creación *ex post facto* a la comisión de los actos que les dieron origen.¹⁹ Una aplicación rigurosa de los principios a que nos referimos no hubiera podido justificar la creación de tribunales internacionales encargados de juzgar a personas por actos cometidos con anterioridad a su establecimiento pues estrictamente no se configuran como crímenes internacionales al no estar así previamente tipificados.

Aquí el principio de *nullum crimen sine lege* reconocido a nivel doméstico o en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos

¹⁷ Cfr., LIROLA DELGADO, Isabel y Magdalena M., Martín MARTÍNEZ, *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 9-14.

¹⁸ Resolución 827 de 25 de mayo de 1993, y Resolución 955 de 8 noviembre de 1994. Sobre la historia de su creación y su contexto, cfr., Barria, Lilian A. y Roper, Steven D., “How Effective are International Criminal Tribunals? An Analysis of the ICTY and the ICTR”, en *The International Journal of Human Rights*, Inglaterra, vol. 9, no. 3, septiembre 2005, pp. 350-355; y, Forsythe, David P., “International Criminal Courts: A Political View”, en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Países Bajos, vol. 15, no. 1, marzo 1997, pp. 6-16.

¹⁹ Cfr., SCHABAS, William A., “Criminal Responsibility for Violations of Human Rights”, en Symonides, Janusz (comp.), *Human Rights: International Protection, Monitoring Enforcement*, Aldershot, UNESCO, 2002, pp. 296-298.

no tuvo la misma aplicación.²⁰ De haber sido así, difícilmente hubiera podido sostenerse la legalidad de ambos tribunales.²¹ Sin embargo, su creación en las circunstancias ya conocidas partió de la idea de que los crímenes internacionales también pueden configurarse a partir de la violación a principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.²² Por lo tanto, los principios *nullum crimen, nulla poena sine lege* en el ámbito del derecho penal internacional se aplican no sólo con relación a los tratados internacionales sino también con los mencionados principios generales del derecho. Cabe señalar que los Estatutos de los tribunales *ad hoc* no establecen explícitamente ambos principios.

No obstante, tampoco se ha considerado seriamente que los tribunales *ad hoc* estén funcionando ilegalmente. El propósito de los principios *nullum crimen, nulla poena sine lege* siempre ha sido el de proteger a los individuos de acusaciones y sanciones arbitrarias si los actos que se les imputan no han sido previamente tipificados como delictivos. Sin embargo, en el ámbito del derecho penal internacional ambos se redefinen y su aplicación opera de manera diversa pues sería difícil asumir que aquellos que cometen crímenes internacionales se conduzcan con total desconocimiento de la gravedad de sus actos, incluso si tales conductas no se encuentran explícitamente prohibidas por el derecho penal interno correspondiente. Sólo por mencionar, durante los hechos acontecidos en la ex Yugoslavia la categoría de “crímenes contra la humanidad” no se encontraba tipificada como tal en el derecho penal de ese país. Pero, se consideró que por esa sola circunstancia no se habría podido alegar que a aque-

²⁰ *Cfr.*, sobre el principio de no retroactividad, European Court of Human Rights, *Case of Strelitz, Kessler and Krenz v Germany*, Judgement (Merits), 22 marzo 2001, párrs. 49-108.

²¹ *Cfr.*, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a "Dule"*, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, párrs. 42-47, en el que el TPIY hace un análisis sobre su propia legalidad. Sobre el mismo tema pero respecto del TPIR *cfr.* *The Prosecutor versus Joseph Kanyabashi*, Decision on the Defense Motion on Jurisdiction, 18 junio 1997, párrs. 9-16.

²² Aunque esto, por supuesto, es totalmente debatible. Los Estados pueden violar principios generales del derecho y, por lo tanto, pueden incurrir en responsabilidad internacional pero, ¿los individuos?, sobre todo tratándose de la materia penal. Sólo por mencionar, aunque por supuesto no se trata de una respuesta absoluta, el Pacto Internacional y la Convención Europea establecen respecto a los principios *nullum crimen, nulla poena sine lege* que no se oponen al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional (artículos 15, párr. 2º, y 7, párr. 2º, respectivamente).

llos que cometieron tales crímenes no podía fincárseles responsabilidad pues los elementos que integran los crímenes contra la humanidad configuraban delitos ordinarios en el ámbito interno –por ejemplo, la violación sexual, el homicidio, el saqueo, entre otros–, por lo que la naturaleza criminal de los actos debió haber sido conocida por sus perpetradores.²³ Aquí, entonces, el argumento aplicado –y aplicable– es el del combate a lo que se ha llamado la “cultura de la impunidad”, a partir de la creación de tribunales penales internacionales,²⁴ lo cual por sí mismo los justifica.

La aplicación del principio de *nulla poena sine lege* genera más dificultades pues el derecho penal internacional no establece sanciones específicas. En cierta forma, ello se debe a que los estados deben incorporar –legislar– los crímenes internacionales en su derecho penal interno, adaptándolos a su sistema penal conforme a sus propias políticas penales. Es decir, son los estados los primeros obligados a tipificar estos crímenes y a establecer las sanciones conforme a su propio sistema jurídico. El derecho penal internacional funciona sólo de manera subsidiaria. Así, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia establece que la única sanción que puede imponer la Sala de Primera Instancia es la prisión, y que para la determinación de las condiciones en que habrá de ejecutarse debe remitirse a la práctica general relativa en los tribunales nacionales de la ex Yugoslavia.²⁵ Una norma similar se encuentra también en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.²⁶ Sin embargo, en la práctica estas disposiciones no han reducido la discrecionalidad de las cortes –y, en consecuencia, la incertidumbre– en la determinación de la duración del encarcelamiento. Puede afirmarse, incluso, que ni siquiera existe una jurisprudencia internacional consistente y reiterada al respecto pues los Estatutos de los tribunales *ad hoc* no prescriben rangos determinados para la imposición de las sanciones.²⁷ Lo únicos parámetros

²³ *Cfr.*, DIMITRIJEVIC, Vojin y Milanovic, MARKO, “Human rights provisions in conventional sources of international criminal law and their effects on international criminal justice”, en *The status of international treaties on human rights*, Estrasburgo, Council of Europe Publishing, 2006, pp. 211-212.

²⁴ *Cfr.*, LAUREN, Paul G., “From impunity to accountability: Forces of transformation and the changing international human rights context”, en Thakur, Ramesh y Malcontent, Peter (comps.), *From Sovereign Impunity to International Accountability*, Nueva York, United Nations University Press, 2004, pp. 15-36.

²⁵ Artículo 24, párrafo 1º.

²⁶ Artículo 23, párrafo 1º.

²⁷ Por ejemplo, en tanto que no se encuentra expresamente prohibido, el tribunal *ad hoc* para la ex Yugoslavia ha impuesto la cadena perpetua aun cuando ésta no se encontraba prevista por la legislación penal de la ex Yugoslavia. *Cfr.*, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prosecutor v Milomir Stakić*, Judgement of 31 July 2003, *in toto*.

objetivos que se señalan para determinar la duración de la pena de prisión son la gravedad del crimen y las circunstancias individuales del condenado. Habría que considerar, entonces, si ello viola el derecho a un debido proceso, más específicamente, el principio *nullum poena sine lege*.

Por otro lado, aunque el Estatuto de la CPI sí estipula dicho principio expresamente tampoco precisa las sanciones respecto a los crímenes sobre los que tiene competencia. Solamente señala que la Corte podrá imponer la pena de prisión por un número “específico” de años que no exceda a 30 o la reclusión a perpetuidad dependiendo de la gravedad del crimen cometido y de las circunstancias individuales del sentenciado.²⁸

Hay otros dos escenarios en el derecho penal internacional en el que puede incidir la aplicación del principio *nullum crimen sine lege*. El primero es aquel según la cual el Consejo de Seguridad, actuando conforme al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, puede remitir a la CPI una situación en la que “parezca” haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de ese tribunal, incluso si el Estado del cual son nacionales los responsables no son parte del Estatuto,²⁹ como la situación actual de Sudán, específicamente respecto a los actos cometidos en Darfur.

Esta opción encuentra su justificación en el intento de evitar la creación de tribunales especiales, por lo que si un Estado no es parte del Estatuto no obstante la CPI, un tribunal “previamente” establecido, podrá tener competencia sobre crímenes cometidos por sus nacionales. En segundo lugar, el Estatuto de la CPI señala que un Estado que no sea parte puede hacer una declaración expresa reconociendo la competencia de ese tribunal sobre crímenes específicos. En este caso, las obligaciones de dicho Estado –sobre todo, las relativas a la cooperación con la CPI– son las mismas que si fuera parte del Estatuto.³⁰

Con relación a lo señalado en el párrafo anterior cabe hacer algunas consideraciones. El Estatuto es un tratado internacional y, por lo tanto, su obligatoriedad se basa en la previa aceptación de los Estados Partes. Por

²⁸ Artículo 77, párr. 1°. Asimismo, además de la prisión la Corte podrá imponer multas y el decomiso de los bienes, productos y haberes que procedan directa o indirectamente de la comisión del crimen. *Cfr.*, asimismo LAMB, Susan, “*Nullum crimen, nulla poena sine lege* in International Criminal Law”, en CASSESE, Antonio, *et al.*, *The Rome Statute of the International Criminal Law: A Commentary*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 733-766; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, 2ª ed., México, INACIPE, 2004, pp. 47-48.

²⁹ Artículo 13, inciso b). *Cfr.*, VILLALPANDO, Santiago y Luigi, CONDORELLI, “Can the Security Council Extend the ICC's Jurisdiction?”, en CASSESE, Antonio, *et al.*, *op. cit. supra*, pp. 571-582.

³⁰ Artículo 12, párr. 3°.

su naturaleza, el Estatuto de la CPI no es un tratado internacional que establezca derechos y obligaciones recíprocos entre estados, a la manera de los tratados clásicos. A través del Estatuto los estados reconocen normas dirigidas a determinar la responsabilidad internacional por la comisión de crímenes internacionales no de ellos mismos sino de individuos; por lo tanto, la CPI no sancionará a estados sino a personas. Asimismo, aunque el derecho penal internacional implica la incriminación de individuos, se crea, se desarrolla y se hace cumplir por los estados.³¹

Una primera cuestión es determinar cómo los individuos pueden ser responsables internacionalmente a través de la aplicación de tratados o convenciones de naturaleza represiva celebrados, obviamente, no por ellos mismos sino por los Estados. En segundo lugar, otro asunto es cómo los individuos pueden ser responsables por la comisión de crímenes internacionales aun cuando los Estados de su nacionalidad no son parte de esos tratados y sin embargo su responsabilidad deriva de su aplicación.³² Respecto a éste, el principio *nullum crimen sine lege* limitaría la competencia de la CPI sobre asuntos que impliquen a nacionales de Estados no parte de su Estatuto –para el caso de que sean remitidos por el Consejo de Seguridad–. Aquí, la voluntad del Estado debe ser necesaria para aceptar dicha competencia. Sin ella, el Estado no está obligado a cooperar con la CPI.

Pero lo más grave es la afectación a los derechos de los individuos que se pretende juzgar. Sin la previa aceptación del Estado opera plenamente el principio *nullum crimen sine lege* no en su favor sino en el de los “criminales”. La gravedad de los actos que éstos hubieren cometido no justifica que puedan ser juzgados cualquiera sea la manera ante la CPI. De otra forma, se estarían violando derechos humanos. El hecho de que el Estatuto de este tribunal contemple esa posibilidad no la legaliza por sí misma.

Ahora bien, si un Estado admite la competencia de la CPI para crímenes en particular sin ser parte de su Estatuto, la cuestión por supuesto no es la de la aceptación. En una situación así el Estado estaría aceptando la competencia de un tribunal que, si bien ha sido previamente establecido, podría pronunciarse sobre hechos ocurridos con anterioridad. El punto es que no se trata de actos cometidos por los Estados pues en esas circuns-

³¹ Cfr., RATNER, Steven R. y ABRAMS, JASON S., *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 10.

³² Para ampliar el tema, sin duda difícil, Cfr., BROOMHALL, Bruce, *op. cit.* (nota 1), pp. 25-28.

tancias sería plenamente válido que aceptaran ser juzgados. Sólo por mencionar, un Estado podría reconocer la competencia de un tribunal internacional de derechos humanos por actos cometidos con anterioridad a la fecha de dicho reconocimiento, pues el interés debe estar no en el aparente perjuicio que pudiera tener el Estado sino en el beneficio para las víctimas. Sin embargo, en el problema planteado quienes sufren una afectación no son los estados sino los individuos a quienes se pretende juzgar. Por lo tanto, podrían violarse derechos humanos.

b) *Ne bis in idem*

Conforme al principio *ne bis in idem* una persona no puede ser juzgada dos veces por el mismo delito. Siendo una garantía judicial fundamental evidentemente se encuentra reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho penal internacional. No obstante, los Estatutos de los tribunales *ad hoc* y de la CPI estipulan este principio pero con una variante que si bien se ajusta a sus propósitos podría ser considerada como violatoria de derechos humanos.³³ Una de las principales razones por las que los individuos que cometen crímenes contra el derecho internacional son juzgados ante instancias penales internacionales es porque los estados frecuentemente se niegan o no se encuentran en condiciones para procesarlos ellos mismos –por ejemplo, si el conflicto que ha dado lugar a los crímenes aún continúa–. En estas situaciones la comunidad internacional ha recurrido a la creación de tribunales penales internacionales para evitar que tales actos queden impunes y que los Estados invoquen razones de soberanía para encubrir o tolerar a los responsables.

Precisamente estos fueron algunos de los principales argumentos para justificar la creación de los tribunales *ad hoc* los cuales, incluso, tienen primacía sobre las cortes nacionales que tendrían competencia en situaciones ordinarias.

Sin embargo, el Estatuto de la CPI señala que su naturaleza es de tipo complementaria a las jurisdicciones nacionales, aunque tiene ciertas facultades que le permiten revisar si los procesos domésticos fueron llevados a cabo de manera adecuada, es decir, de forma independiente e imparcial, respetando las garantías del debido proceso reconocidas por el

³³ Artículo 14, párr. 7º, del Pacto Internacional; y, artículo 8, párr. 4º, de la Convención Americana. Asimismo, artículo 10 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia; artículo 9 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, y artículo 20 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

derecho internacional, y que por la forma en que se hayan realizado sean compatibles con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.³⁴

Los Estatutos de los tribunales *ad hoc* establecen que ninguna persona será juzgada ante un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves al derecho internacional humanitario por los cuales él o ella ya hayan sido juzgados por un tribunal internacional, y que una persona que fue juzgada por un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves al derecho internacional humanitario puede ser procesada posteriormente por un tribunal internacional solamente si: *a)* el acto por el cual él o ella fue juzgado constituyó un delito ordinario; o *b)* si el proceso ante la corte nacional no se llevó a cabo de manera imparcial o independiente, fue diseñado para proteger al acusado de responsabilidad penal internacional, o el caso no fue diligentemente procesado.³⁵ De forma similar, el Estatuto de la CPI prescribe que:

La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal: *a)* Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o *b)* No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.³⁶

Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, el defecto principal del artículo 20 del Estatuto de la CPI que hemos señalado consiste en que no contempla uno de los temas más importantes del derecho internacional en la actualidad ligado a la responsabilidad internacional por violaciones masivas: el conflicto entre el derecho de las víctimas a obtener justicia y a un remedio efectivo y el derecho de los estados a conceder amnistías y a otorgar el perdón. Tanto la amnistía como el perdón son cuestiones que resultan todavía más complicadas por el hecho de que, por otra parte, han servido eficazmente en procesos de reconciliación nacional. El propósito de la justicia penal internacional no es

³⁴ Artículo 1° del Estatuto. *Cfr.*, además el artículo 20, párr. 3°, inciso b).

³⁵ Artículo 10, párrs. 1° y 2°, del Estatuto del TPIY y artículo 9, párrs. 1° y 2°, del Estatuto del TPIR.

³⁶ Artículo 20, párr. 3°.

simplemente castigar sino también auxiliar en la reconciliación. Además, las amnistías también pueden instrumentarse para conducir negociaciones de paz. Sólo por mencionar, en octubre del 2005 el Fiscal de la CPI decidió no dictar cinco órdenes de aprehensión en contra de cinco de los líderes del Ejército de Resistencia del Señor –“*Lord’s Resistance Army*”– en Uganda pues un mediador internacional ya se encontraba facilitando un proceso de negociación entre los líderes y el gobierno de ese país. En ese momento la intervención de la CPI hubiera podido causar más descontento y problemas pues Uganda se encontraba en plena disposición para conceder la amnistía a los rebeldes.³⁷

Aunque en algunas ocasiones excepcionales la amnistía y el perdón pueden facilitar o crear condiciones adecuadas para lograr la paz y la reconciliación en un conflicto, la crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos es que no deben ser utilizadas como un medio para favorecer la impunidad y la injusticia. Las amnistías que tienen como único propósito proteger a quienes han cometido graves crímenes, como los de lesa humanidad, son contrarias al derecho internacional de los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos así lo consideró en su sentencia sobre el caso *Barrios Altos* al señalar que las dos leyes de amnistía expedidas durante el gobierno del Presidente Alberto Fujimori en 1995 –las Leyes No. 26479 y No. 26492–³⁸ eran incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos y que, por lo tanto, carecían de efecto legal.³⁹ Asimismo, en el 2005 la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina anuló las dos leyes de amnistía –la Ley de Punto Final de 1986 y la Ley de Obediencia Debida de 1987– que

³⁷ *Cfr.*, UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, “Uganda: ICC indictments to affect northern peace efforts, says mediator”, en GlobalSecurity.org, <http://www.globalsecurity.org/military/library/news/2005/10/mil-051010-irin02.htm> (consultado el 17 de febrero de 2007). Aunque, finalmente el gobierno de Uganda presentó la situación a la CPI mientras el conflicto aún continuaba.

³⁸ La primera de esas leyes exoneraba de responsabilidad a los militares, policías y civiles que hubieran cometido o participado, entre 1980 y 1995, en violaciones a los derechos humanos en el Perú. La segunda reafirmó que la amnistía concedida por la anterior no era susceptible de ser revisada judicialmente por lo que su aplicación era obligatoria; asimismo, amplió su alcance al conceder una amnistía general a todos los funcionarios militares, policiales o civiles que pudieran ser sujetos a proceso por violaciones de derechos humanos cometidas entre 1980 y 1995 aunque todavía no hubieran sido denunciados.

³⁹ *Cfr.*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros) vs Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001, párrs. 41-44.

durante años obstaculizaron el enjuiciamiento por los graves delitos cometidos bajo la dictadura militar.⁴⁰

Por el tipo de crímenes sobre los que tiene competencia la CPI es muy probable que deba pronunciarse sobre casos relacionados con amnistías y perdones, no obstante, su Estatuto nada señala respecto a la forma en que habrán de tramitarse.⁴¹ Sin embargo, ese instrumento señala que la aplicación e interpretación del derecho por la CPI debe ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna.⁴² Conforme lo que ya hemos mencionado, seguramente la CPI deberá tomar en cuenta si una determinada amnistía o perdón tiene un propósito legítimo o simplemente pretende sustraer de la justicia a criminales a fin de decidir si es conveniente o no proseguir con el proceso respectivo. Lo anterior, precisamente para que su criterio decisorio sea acorde con los “derechos humanos internacionalmente reconocidos”. Un ejemplo de ello es la situación que señala el Estatuto al establecer que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, puede solicitar a la CPI que suspenda temporalmente una investigación o enjuiciamiento.⁴³ Lo anterior, porque una opción judicial, como la que representa la CPI, no necesariamente puede ser la mejor frente a otras de tipo político que faciliten en mayor medida un proceso de paz o reconciliación. Aquí, sin embargo, es muy importante que los estados antes que pensar en el establecimiento de tribunales penales internacionales continúen apoyando política y financieramente actividades preventivas dirigidas a contener o contrarrestar las causas de los conflictos que dan lugar a la comisión de crímenes internacionales.⁴⁴

⁴⁰ *Cfr.*, la sentencia al “Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etcétera — causa N° 17.768—”.

⁴¹ *Cfr.*, VAN DEN WYNGAERT, Christine y, Tom, ONGENA, “*Ne bis in idem Principle, Including the Issue of Amnesty*”, en CASSESE, Antonio, *et al.*, *op. cit.*, nota 28, pp. 705-729.

⁴² Artículo 20, párr. 3°.

⁴³ Artículo 16.

⁴⁴ BIDDISS, Michael D., “From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: A historical analysis of the limits of international criminal accountability”, en Thakur, Ramesh y Malcontent, Peter (comps.), *op. cit.*, nota 3, p. 53.

c) *Detención provisional*

La detención provisional en el derecho penal tiene como finalidad garantizar la comparecencia del acusado y, en general, asegurar los objetivos del proceso penal. Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos y conforme al principio de presunción de inocencia esta medida cautelar debe ser de carácter excepcional, de duración mínima y ordenarse sólo en situaciones debidamente justificadas.⁴⁵ La Corte Europea de Derechos Humanos ha estimado que el Estado primero debe analizar otras medidas alternativas para asegurar la comparecencia o participación del acusado durante el juicio antes que ordenar su prisión preventiva.⁴⁶ Sin embargo, en los procesos penales internacionales la prisión provisional parece ser la regla más que la excepción. En el caso del TPIY las condiciones para ordenar la prisión y su duración han suscitado serios cuestionamientos relativos a la protección de los derechos humanos de quienes así se encuentran detenidos. En contraste con los estándares internacionales de derechos humanos, el Reglamento del TPIY establece que a su llegada a la sede del tribunal el acusado debe ser detenido en el lugar que provea el país anfitrión –los Países Bajos– u otro país –excepcionalmente–⁴⁷ y que sólo posteriormente podrá ser puesto en libertad provisional previa opinión tanto del país anfitrión como del país al cual el acusado busca ser enviado, y si se asegura que comparecerá durante el juicio y que su libertad no representa un daño para las víctimas, testigos o cualquier otra persona.⁴⁸ En este caso, la orden de detención de un juez instructor es estrictamente necesaria, sin embargo, el juez no está obligado a valorar si existen motivos suficientes para ordenar la prisión preventiva sino que el propio Reglamento ordena emitirla automáticamente una vez que el acusado ha sido presentado ante el tribunal. Asimismo, el Reglamento no establece un límite máximo de duración de la detención, incluso, aquellos acusados que hubieren sido puestos en libertad provisional hasta que inicie el juicio eventualmente pueden ser detenidos nuevamente durante todo el proceso.

El proceso de cooperación estatal con las tribunales penales internacionales por lo que respecta a la aprehensión de nacionales acusados de

⁴⁵ *Cfr.*, CAFLISCH, Lucius, “The Rome Statute and the European Convention on Human Rights”, en *Human Rights Law Journal*, Alemania, vol. 23, no. 1-4, 30 septiembre 2002, p. 3.

⁴⁶ *Cfr.*, European Court of Human Rights, *Case of Gąsiorowski v. Poland*, Judgement (Merits and Just Satisfaction), 17 octubre 2006, párrs. 54-59.

⁴⁷ Artículo 64.

⁴⁸ Artículo 65.

crímenes contra el derecho internacional comúnmente es muy complicado y acarrea muchas tensiones de tipo político, incluso intencionales. En este sentido, no puede realmente esperarse que un tribunal penal internacional ponga en libertad provisional a una persona acusada de crímenes graves, mucho menos si ya hubiere intentado evadir su arresto o si éste se llevó a cabo en condiciones muy difíciles provocadas por el propio acusado o el Estado. Por lo tanto, es un deber del tribunal respectivo asegurarse de que existen firmes garantías por parte de ambos de que no se obstruirá el adecuado desarrollo del proceso, pues ello se relaciona también directamente con el derecho de las víctimas a obtener justicia. Aquí, entonces, podría presentarse una relación de tensión entre los derechos de los acusados y los de las víctimas, que en una situación extrema podría llegar a ser disyuntiva.

No obstante, la duración excesiva de la prisión preventiva sigue siendo uno de los problemas más importantes con relación a los derechos humanos de los detenidos, como por ejemplo, en el caso de *Momčilo Krajišnik* quien fue arrestado en Sarajevo el 3 de abril de 2000 y transferido a la Unidad de Detención del TPIY en La Haya ese mismo día. En dos ocasiones durante el 2001 y el 2002 le fue negada la libertad provisional precisamente porque las garantías ofrecidas por el acusado y los gobiernos de la República de Srpska y de la entonces República Federal de Yugoslavia no satisfacían los requisitos necesarios para ello. No obstante, a pesar de haber sido detenido desde el 2000, su juicio dio inicio hasta el 2 de febrero de 2004, y la sentencia donde se le encontró responsable de diversos crímenes fue dictada hasta el 27 de septiembre de 2006, es decir, Krajišnik estuvo detenido provisionalmente durante casi cuatro años antes de que comenzara formalmente su enjuiciamiento.⁴⁹ Aunque coincidimos en que la duración de la detención y la posibilidad de otorgar la libertad provisional dependen de las circunstancias específicas del caso,⁵⁰ consideramos que una situación como la referida puede ser violatoria de derechos humanos conforme a los estándares internacionales aplicables en la materia –se encuentra estrechamente vinculada con el concepto de plazo razonable con relación a la duración de la detención o prisión provisional–. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "se incurriría en una violación de la Convención –Americana sobre Dere-

⁴⁹ Cfr., International Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*, Judgement, 27 septiembre 2006, párrs. 1206, 1212, 1213 y 1235.

⁵⁰ Cfr., ROBINSON, Patrick L., "Ensuring Fair and Expeditious Trials at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", en *European Journal of International Law*, Italia, vol. 11, no. 3, 2000, p. 583.

chos Humanos– al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida”.⁵¹

Otro problema con relación a este punto es el relativo a la reparación a quienes hubieren sido injustificadamente detenidos o condenados. Los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos reconocen el derecho a la indemnización en los casos de detenciones ilegales o de condenas por error judicial.⁵² Este derecho no fue incluido en los Estatutos de los tribunales *ad hoc* aunque posteriormente fue establecido en el Estatuto de la CPI, que textualmente señala:⁵³

1. El que haya sido ilegalmente detenido o recluido tendrá el derecho efectivo a ser indemnizado.
2. El que por decisión final hubiera sido condenado por un crimen y hubiere cumplido pena por tal motivo será indemnizado conforme a la ley de ser anulada posteriormente su condena en razón de hechos nuevos que demuestren concluyentemente que hubo un error judicial, salvo que la falta de conocimiento oportuno de esos hechos le fuera total o parcialmente imputable.
3. En circunstancias excepcionales, la Corte, si determina la existencia de hechos concluyentes que muestran que hubo un error judicial grave y manifiesto tendrá la facultad discrecional de otorgar una indemnización, de conformidad con los criterios establecidos en las Reglas de Procedimiento y Prueba, a quien hubiere sido puesto en libertad en virtud de una sentencia definitiva absolutoria o de un sobreseimiento de la causa por esa razón.

Por lo tanto, el Estatuto de la CPI resuelve un problema endémico de los tribunales *ad hoc* incorporando los criterios internacionales de derechos humanos en materia de indemnización.

d) *Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable*

Este derecho es ampliamente reconocido tanto por los instrumentos internacionales de derechos humanos como por los estatutos de los tribunales

⁵¹ *Cfr.*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Rosero v Ecuador*, sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 77; en el mismo sentido, *Caso Tibi v Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 180.

⁵² Artículo 14, párr. 6° del Pacto Internacional; artículo 5, párr. 5°, de la Convención Europea; y, artículo 10 de la Convención Americana.

⁵³ Artículo 85.

penales internacionales.⁵⁴ Como ya lo hemos mencionado, el hecho de que el acusado permanezca detenido durante todo el juicio hace aún más importante que el proceso sea conducido de manera expedita. Sin embargo, hay que reconocer que ello no siempre es posible debido a la complejidad tanto de los hechos como del trámite mismo aunado a los limitados recursos de los tribunales penales internacionales.⁵⁵ Además, el éxito de estos tribunales depende en gran medida de la cooperación de los Estados en la obtención de pruebas, recopilación de documentos y presentación de testigos así como en la aprehensión de los acusados, entre las más importantes, por lo tanto, el retraso indebido en los procesos no siempre es totalmente imputable a las cortes. Incluso también podrían incluirse las dilaciones debidas a problemas de traducción e interpretación, o aquellas derivadas de la insistencia de los propios acusados en defenderse por sí mismos.⁵⁶

Con este escenario el estándar del “plazo razonable” del derecho internacional de los derechos humanos parece ser mucho más indulgente o flexible ante los tribunales penales internacionales, por lo tanto, puede llegar a ser violatorio de garantías del debido proceso.

e) *Derecho a ser asistido por un defensor y/o a defenderse personalmente*

Aunque ambos derechos se encuentran reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos,⁵⁷ el debate se presenta ante los tribunales penales internacionales quizá derivado de los diferentes enfoques que se aplican en los sistemas penales inquisitivos y acusatorios de los ámbitos nacionales.⁵⁸ En realidad, el derecho a defenderse por sí mismo es el que ha generado diversos criterios en cuanto a su garantía. Sólo por mencionar, la imposición de un defensor en contra de la voluntad del acusado

⁵⁴ Artículo 14, párr. 3º, inciso c), del Pacto Internacional; artículo 6, párr. 1º, de la Convención Europea; artículo 8, párr. 1º; artículo 7, párr. 1º, de la Carta Africana. Asimismo, artículo 21, párr. 4, inciso c), del Estatuto del TPIY; artículo 20, párr. 4º, inciso c), del Estatuto del TPIR; y, artículo 67, párr. 1º, inciso c) del Estatuto de la CPI.

⁵⁵ *Cfr.*, DIMITRIJEVIC, Vojin y Marko, MILANOVIC, *op. cit.* nota 23, p. 22.

⁵⁶ Como en el famoso caso de *Slobodan Milošević* ante el TPIY, al cual nos referiremos enseguida.

⁵⁷ Artículo 14, párr. 3º, inciso d), del Pacto Internacional; artículo 6, párr. 3º, inciso c), de la Convención Europea; artículo 8, párr. 2º, inciso d), de la Convención Americana; y, artículo 7, párr. 1º, de la Carta Africana.

⁵⁸ *Cfr.*, CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 365-388.

normalmente no es permitido en un sistema acusatorio mientras que en el inquisitivo puede llegar a ser obligatorio.

El caso más ejemplar sobre el tema es el de *Slobodan Milošević*. En un principio, el TPIY le hubo permitido defenderse personalmente aunque con la ayuda de tres “asistentes” jurídicos de su propia elección, a la vez que también hubo nombrado a tres expertos en diversos campos del derecho en calidad de *amici curiae*, cuya función fue supervisar, como oficiales del tribunal, el correcto desarrollo del juicio. Posteriormente, debido a los problemas de salud de Milošević el TPIY consideró necesario el nombramiento de dos abogados con amplias facultades para conducir la defensa manteniendo sólo a un *amicus curiae* de los nombrados inicialmente.

Más adelante, el TPIY decidió nombrar a diversos defensores durante el desarrollo del proceso no obstante las fuertes objeciones de Milošević, aunque conservó en todo momento su derecho a intervenir en su propia defensa. Precisamente, su delicada salud ya había provocado numerosas dilaciones que hacían difícil un enjuiciamiento expedito. La cuestión que hubo que resolver era si el derecho a defenderse por sí mismo podía ser limitado en situaciones en que su garantía obstruyera la conducta adecuada del juicio.⁵⁹ Lo cierto es que todavía hasta poco antes de perder la vida, Milošević se encargó prácticamente de toda su defensa mientras que sus abogados jugaron un rol secundario.

El tema del nombramiento de un defensor en contra de la voluntad del acusado puede ser analizado desde tres perspectivas. La primera, plantea si este derecho es absoluto o si puede estar sujeto a ciertas limitaciones.

En varios países europeos, como Bélgica, Francia, Alemania –e incluso en la ex Yugoslavia– se encuentra establecida la representación legal obligatoria para ciertos delitos graves, asumiendo que el acusado en tales casos podría no ser capaz de defenderse adecuadamente por sí mismo. No obstante, existen diferencias fundamentales en la forma como opera esta institución y en el papel de los defensores durante el proceso entre los países con sistemas inquisitivos y aquellos acusatorios. En general, en los primeros el acusado tiene el derecho de intervenir activamente en su defensa aun cuando cuente con un abogado que lo represente. En los siste-

⁵⁹ *Cfr.*, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Slobodan Milosevic v Prosecutor*, Decision on Interlocutory Appeal of the Trial Chamber’s Decision on the Assignment of Defense Counsel, 1 noviembre 2004, *in toto*; también, del mismo tribunal, Case Information Sheet “Kosovo, Croatia & Bosnia” (IT-02-54) *Slobodan Milošević*, pp. 6 y 7.

mas acusatorios aunque el derecho a defenderse personalmente es absoluto una vez que el acusado ha nombrado a su defensor corresponde a éste la conducción de la defensa, mientras que el acusado tiene una casi nula participación.

El artículo 21, párrafo 4º, inciso *d*), del Estatuto del TPIY, que se basa en gran medida en el artículo 14, párrafo 3, inciso *d*) del Pacto Internacional, establece que el acusado tendrá el derecho a defenderse por sí mismo pero que se le nombrará un defensor si los intereses de la justicia así lo requieren, incluso gratuitamente si el acusado no puede solventarlo. Disposiciones idénticas se encuentran en los Estatutos del TPIR y de la CPI.⁶⁰

En otras palabras, el nombramiento de un defensor de oficio no se encuentra limitado solamente a situaciones donde el acusado no tenga los medios económicos para contratar a un abogado. En estrecha relación con el derecho del acusado a ser asistido por un defensor de su elección —cuando su nombramiento sea obligatorio—, en el caso *Croissant* la Corte Europea de Derechos Humanos señaló que aunque los tribunales deben considerar la opinión del acusado, ese derecho está sujeto a ciertos límites, sobre todo tratándose de asistencia jurídica gratuita, y que depende de la opinión del tribunal en el sentido de que los intereses de la justicia así lo demandan.⁶¹ Asimismo, aunque en otro sentido, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha estimado que si los tribunales prohibieran o limitaran injustificadamente el derecho del acusado a nombrar a un defensor de su elección también se violaría el derecho a un juicio justo.⁶²

En segundo término, relacionado con el criterio anterior, debe determinarse si los “intereses de la justicia” hacen necesario el nombramiento de un defensor de oficio. En opinión de la Corte Europea de Derechos Humanos para determinar si los “intereses de la justicia” así lo requieren deben tomarse en cuenta la gravedad del delito, la severidad de la sentencia que amerita, la complejidad del caso y la situación personal del acusado.⁶³ Todos estos criterios trasladados a los procesos ante los tribunales

⁶⁰ Artículo 20, párr. 4º, inciso *d*), y artículo 67, párr. 1º, inciso *d*), respectivamente.

⁶¹ *Cfr.*, European Court of Human Rights, *Case of Croissant v Germany*, Judgment (Merits), 25 septiembre 1992, párr. 29.

⁶² *Cfr.*, African Commission on Human and Peoples' Rights, *Communication 48/90, 50/91, 52/91 y 89/93 Amnesty International, Comité Loosli Bachelard, Lawyers' Committee for Human Rights, Association of Members of the Episcopal Conference of East Africa v Sudan*, párr. 64; del mismo órgano, *Communication 222/98 and 229/99, Law Office of Ghazi Suleiman v Sudan*, párr. 60.

⁶³ *Cfr.*, European Court of Human Rights, *Case of Quaranta v Switzerland*, Judgment

penales internacionales podrían llegar a justificar el nombramiento de defensores aun en contra de la voluntad del acusado, lo cual en sí no es violatorio de derechos humanos, particularmente al derecho a un debido proceso. Por lo tanto, el derecho a la defensa personal no es de carácter absoluto.

Un último punto a considerar no es precisamente jurídico pero de política judicial. Volviendo al caso de Milošević, aunque el TPIY tuvo la obligación de asignarle diversos defensores la cuestión era si debía hacerlo aun contra el derecho del acusado a querer defenderse por sí mismo.

Aquí el principio que debió ser aplicado por ese tribunal es el que señala que la impresión pública de un juicio justo es tan importante como el juicio en sí.⁶⁴ En estos términos, el TPIY pudo haber limitado la intervención de Milošević en su defensa y asignado un rol más activo y determinante a sus abogados.

II. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

En un proceso penal internacional normalmente la atención se concentra en el acusado pues sus derechos y su libertad son los que se encuentran en juego. Sin embargo, el propósito del derecho penal internacional, entre otros, es remediar las violaciones más graves y masivas a derechos humanos que han puesto en peligro no sólo a sus víctimas directas –las personas– sino, incluso, a la comunidad internacional. Por lo tanto, es muy importante que las víctimas tengan el derecho a comparecer y a participar durante los procesos respectivos. En situaciones tan extremas las víctimas buscan ser escuchadas, expresar su dolor y angustia, y obtener alguna reparación.

La participación de las víctimas ante el TPIY y el TPIR ha sido similar a aquella en los sistemas contradictorios, es decir, las víctimas realmente no juegan un papel activo durante el proceso. Los Estatutos de esos tribunales no prevén prácticamente ninguna disposición al respecto, aunque en la práctica tanto los jueces como los fiscales han tratado, cuando es posible, tomarlos en cuenta para diversas actuaciones. Un aspecto que se supone es primordial es el relativo a las reparaciones, no obstante, los Estatutos no las prevén. Ello es uno de los principales defectos del sistema de

(Merits and Just Satisfaction), 24 mayo 1991, párrs. 33, 34 y 35.

⁶⁴ Cfr., DIMITRIJEVIĆ, Vojin, “Justice Must Be Done and Be Seen to Be Done: The Milosevic Trial”, en *East European Constitutional Review*, EUA, vol. 11, no. 1-2, 2002, pp. 59-62.

justicia de los tribunales *ad hoc*. Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, toda víctima de violaciones a los derechos humanos tiene derecho a obtener una reparación. De hecho, también se trata de un derecho humano reconocido por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos.⁶⁵ Las reparaciones pueden variar desde las meras declaratorias de responsabilidad –normalmente en la forma de una decisión y/o sentencia–, hasta compensaciones económicas y órdenes dirigidas al Estado para realizar un acto en particular –como aquellas que tiendan a otorgar una satisfacción de tipo moral–.

El Estatuto de la CPI contiene algunas disposiciones que otorgan derechos a las víctimas y que superan en varios aspectos a los Estatutos del TPIY y del TPIR. Este instrumento se refiere específicamente a la protección de víctimas y a su intervención en las actuaciones.⁶⁶ Aunque un punto que no puede soslayarse es que el Estatuto señala que la CPI puede permitir que durante el juicio se presenten y se tomen en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieran afectados sus intereses personales pero sólo si no se afectan los derechos del acusado o el juicio justo e imparcial.⁶⁷ Por lo tanto, sigue siendo mayormente discrecional para la CPI determinar el grado de participación de las víctimas durante el proceso. En cierta forma, además, los derechos de las víctimas parecen estar supeditados a los derechos de los acusados.⁶⁸ No obstante, esta discrecionalidad no opera tratándose de la determinación de las reparaciones pues el Estatuto dispone que, si no lo hiciera ya de oficio la CPI, las propias víctimas podrán solicitarlas.⁶⁹

Por lo tanto, la evolución más importante es la relativa al derecho a la reparación. Sin embargo, el problema es que en casos de violaciones graves y masivas es muy difícil que las víctimas puedan ser resarcidas de forma alguna, por sus características normalmente los responsables no poseen recursos suficientes que pudieran reparar, por ejemplo por vía de una compensación económica, las consecuencias de actos tan serios, o

⁶⁵ Artículo 14 de la Convención Europea; artículo 63, párr. 1o, de la Convención Americana; y, artículo 27, párr. 1º, del Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre el Establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. *Cfr.*, SHELTON, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 14.

⁶⁶ Artículo 68.

⁶⁷ Artículo 68, párr. 3º.

⁶⁸ *Cfr.*, SWART, Bert, “International criminal courts and the admissibility of evidence”, en Thakur, Ramesh y Malcontent, Peter (comps.) *op. cit.*, nota 3, pp. 149-150.

⁶⁹ Artículo 75, párr. 1º. *Cfr.*, Cabezudo Rodríguez, Nicolás, *La corte penal internacional*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 109.

también porque no necesariamente se encuentran bajo la jurisdicción plena de algún Estado en particular al que pudiera reclamársele. Con relación a esta última, una opción para asegurar la compensación ha sido la de demandar al Estado con jurisdicción si los responsables hubieran actuado como sus agentes. No obstante, esta vía tampoco resulta sencilla sobre todo por las implicaciones jurídicas y prácticas que conlleva, como las relativas a la inmunidad o a la prescripción de compensaciones en el ámbito nacional. En este sentido, el Estatuto de Roma otorga a la CPI la facultad de determinar el alcance y la magnitud de los daños sufridos por las víctimas, y de ordenar directamente a los responsables las reparaciones adecuadas, incluyendo la restitución, la compensación y la rehabilitación.⁷⁰ Sin embargo, tomando en cuenta precisamente que los responsables en la mayoría de las ocasiones no pueden asumir por sí mismos las reparaciones, el propio Estatuto prevé la creación de un fondo fiduciario para las víctimas financiado con aportaciones voluntarias de los Estados partes del Estatuto de la CPI.⁷¹ De los recursos de los que disponga este fondo las víctimas podrán ser compensadas sólo si los responsables no pueden hacerlo por sí mismos. Aunque ésta es una innovación interesante, no puede dejarse de lado que su éxito dependerá en gran medida de la buena disposición de los estados para contribuir a su operación.⁷²

Por otro lado, los criterios que han sido desarrollados en el derecho internacional de los derechos humanos para establecer las reparaciones, particularmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bien podrían tener influencia y gran aplicación en las reparaciones que ordene la CPI.⁷³

III. CONCLUSIONES

En general, las reglas del derecho penal internacional que se desprenden de los Estatutos de los tribunales *ad hoc* y de la CPI incorporan práctica-

⁷⁰ Artículo 75 del Estatuto de la CPI.

⁷¹ Artículo 79.

⁷² Hasta el 22 de enero de 2007, el monto del fondo fiduciario para las víctimas ascendía a 2.370.000,00 euros. *Cfr.*, International Criminal Court, *Trust Fund for Victims*, <http://www.icc-cpi.int/vtf.html> (consultado el 7 de marzo de 2007).

⁷³ Por lo que se refiere a las compensaciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que su determinación debe hacerse con base en el daño material y el daño moral sufridos. El primero comprendería tanto el daño emergente como el lucro cesante. *Cfr.*, *Caso Godínez Cruz v Honduras*, sentencia, Indemnización Compensatoria, 21 de julio de 1989, párr. 24.

mente todas las normas del derecho internacional de los derechos humanos con relación a las garantías del debido proceso penal, aunque con algunos matices. Reconocemos que no siempre es posible aplicar de la misma manera los derechos humanos internacionales durante los procesos penales internacionales. Sin embargo, ello no significa que los tribunales en la materia puedan ignorar o que gocen de un margen considerable para decidir no aplicar normas y estándares de derechos humanos que han sido firmemente reconocidos.

Existen, no obstante, dos razones más por las cuales los tribunales penales internacionales deben actuar con precaución. En primer lugar, distinto a lo que sucede en los tribunales nacionales, los tribunales penales internacionales no se encuentran sujetos a un régimen de control y revisión judicial sobre la correcta aplicación de las normas de derechos humanos de las partes en un proceso penal. Ninguna persona que hubiera sido sujeta a proceso ante un tribunal de esa naturaleza podría presentar alguna queja o petición ante ningún órgano internacional de derechos humanos, mucho menos ante instancias nacionales si considerara que sus derechos humanos –garantías del debido proceso– fueron violados. Es esta falta de control superior –que sería complicado e incluso poco práctico o adecuado si fuera jurisdiccionalmente posible– lo que hace necesario es que los tribunales penales internacionales mantengan un nivel “compatible” o por lo menos equivalente de protección de derechos humanos a aquel otorgado por el derecho internacional de los derechos humanos.

En segundo término, como el propósito principal de la justicia penal internacional es reparar o remediar las violaciones más graves a los derechos humanos –aunque sea por lo menos mediante declaraciones judiciales de responsabilidad–, estos mismos derechos deben ser igualmente respetados durante los procesos penales internacionales. Si se supone que los tribunales internacionales deben en cierta manera auxiliar en los procesos de reconciliación, de paz y de “justicia transicional” también deben, por lo tanto, seguir estándares éticos y jurídicos que a final de cuentas tengan como efecto provocar la confianza no sólo de la propia comunidad internacional sino de las propias personas que de alguna u otra forma han sufrido las consecuencias de los hechos que se pretenden juzgar.

BIBLIOGRAFÍA

AKHAVAN, Payam, “Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?”, en *American Journal of International Law*, EUA, no. 1, enero 2001.

BARRIA, Lilian A. y Roper, Steven D., “How Effective are International Criminal Tribunals? An Analysis of the ICTY and the ICTR”, en *The International Journal of Human Rights*, Inglaterra, vol. 9, no. 3, septiembre 2005.

BIDDISS, Michael D., “From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: A historical analysis of the limits of international criminal accountability”, en Thakur, Ramesh y Malcontent, Peter (comps.), *From Sovereign Impunity to International Accountability*, Nueva York, United Nations University Press, 2004.

BROOMHALL, Bruce, *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *La corte penal internacional*, Madrid, Dykinson, 2002.

CAFLISCH, Lucius, “The Rome Statute and the European Convention on Human Rights”, en *Human Rights Law Journal*, Alemania, vol. 23, no. 1-4, 30 septiembre 2002.

CASSESE, Antonio, “The influence of the European Court of Human Rights on international criminal tribunals –some methodological remarks”, en Bergsmo, Morten (comp.), *Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden. Essays in Honour of Asbjorn Eide*, Leiden, Martines Nijhoff Publishers, 2003.

----- *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

DIMITRIJEVIĆ, Vojin, “Justice Must Be Done and Be Seen to Be Done: The Milosevic Trial”, en *East European Constitutional Review*, EUA, vol. 11, no. 1-2, 2002.

----- y MILANOVIC, Marko, “Human rights provisions in conventional sources of international criminal law and their effects on international criminal justice”, en *The status of international treaties on human rights*, Estrasburgo, Council of Europe Publishing, 2006.

FORSYTHE, David P., “International Criminal Courts: A Political View”, en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Países Bajos, vol. 15, no. 1, marzo 1997.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, México, INACIPE, 2ª ed., 2004.

KNOOPS, Geert-Jan Alexander, *An introduction to the law of the international criminal tribunals*, Arsdeley, Transnational Publishers, 2003.

LAMB, Susan, “Nullum crimen, nulla poena sine lege in International Criminal Law”, en CASSESE, Antonio, *et al.*, *The Rome Statute of the*

International Criminal Law: A Commentary, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2002.

LAUREN, Paul G., “From impunity to accountability: Forces of transformation and the changing international human rights context”, en THAKUR, Ramesh y Malcontent, Peter (comps.), *From Sovereign Impunity to International Accountability*, Nueva York, United Nations University Press, 2004.

LIROLA DELGADO, Isabel y Martín MARTÍNEZ, Magdalena M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Barcelona, Ariel, 2001.

MØSE, Eric, “Impact of human rights conventions on the two *ad hoc* Tribunals”, en Bergsmo, Morten (comp.) *Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden. Essays in Honour of Asbjørn Eide*, Leiden, Martines Nijhoff Publishers, 2003.

RATNER, STEVEN R. y Abrams, Jason S., *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2001.

ROBINSON, Patrick L., “Ensuring Fair and Expeditious Trials at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, en *European Journal of International Law*, Italia, vol. 11, no. 3, 2000.

SCHABAS, WILLIAM A., “Criminal Responsibility for Violations of Human Rights”, en Symonides, Janusz (comp.), *Human Rights: International Protection, Monitoring Enforcement*, Aldershot, UNESCO, 2002.

-----, *An Introduction to the International Criminal Court*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

SHELTON, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

SWART, Bert, “International criminal courts and the admissibility of evidence”, en Thakur, Ramesh y Malcontent, Peter (comps.), *From Sovereign Impunity to International Accountability*, Nueva York, United Nations University Press, 2004.

SZCZARANSKI, Clara, *Culpabilidades y sanciones en crímenes contra los derechos humanos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

VAN DEN WYNGAERT, Christine y Ongena, TOM, “*Ne bis in idem* Principle, Including the Issue of Amnesty”, en CASSESE, Antonio, *et al.*, *The Rome Statute of the International Criminal Law: A Commentary*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2002.

VILLALPANDO, Santiago y CONDORELLI, Luigi, “Can the Security Council Extend the ICC's Jurisdiction?”, en CASSESE, Antonio, *et al.*, *The Rome Statute of the International Criminal Law: A Commentary*, vol. I, Oxford,

Oxford University Press, 2002.

VILLALPANDO, Waldo, *De los derechos humanos al derecho internacional penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

WALD, Patricia M., "Dealing with Witnesses in War Crime Trials: Lessons from the Yugoslav Tribunal", en *Yale Human Rights and Development Law Journal*, EUA, No. 5, enero, 2002.

Wladimiroff, Michail, "The individual within international law", en Thakur, Ramesh y Malcontent, Peter (comps.), *From Sovereign Impunity to International Accountability*, Nueva York, United Nations University Press, 2004.

ZAPPALÀ, Salvatore, ZAPPALÀ, Salvatore, *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

Casos ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "Dule", Decision on the Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses, 10 August 1995.

Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a "Dule", Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 octubre 1995.

Prosecutor v Milomir Stakić, Judgement, 31 julio 2003.

Slobodan Milosevic v Prosecutor, Decision on Interlocutory Appeal of the Trial Chamber's Decision on the Assignment of Defense Counsel, 1 noviembre 2004.

Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, Judgement, 27 septiembre 2006.

Casos ante el Tribunal Penal Internacional para Ruanda

The Prosecutor versus Joseph Kanyabashi, Decision on the Defense Motion on Jurisdiction, 18 junio 1997.

Jean-Bosco Barayagwiza v. The Prosecutor, Appeals Chamber, Decision, 3 noviembre 1999.

Casos ante la Corte Europea de Derechos Humanos

Case of Quaranta v Switzerland, Judgment (Merits and Just Satisfaction),

24 mayo 1991.

Case of Croissant v Germany, Judgment (Merits), 25 septiembre 1992.

Case of Streletz, Kessler and Krenz v Germany, Judgement (Merits), 22 marzo 2001.

Case of Gąsiorowski v. Poland, Judgement (Merits and Just Satisfaction), 17 octubre 2006.

Casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Godínez Cruz v. Honduras, Sentencia, Indemnización Compensatoria, 21 de julio de 1989.

Caso Suárez Rosero v Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros) vs Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001.

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

Casos ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
Communication 222/98 and 229/99, Law Office of Ghazi Suleiman v Sudan.

Communication 48/90, 50/91, 52/91 y 89/93 Amnesty International, Comité Loosli Bachelard, Lawyers' Committee for Human Rights, Association of Members of the Episcopal Conference of East Africa v Sudan.

Otros documentos y sitios

International Criminal Court, *Trust Fund for Victims*, <http://www.icc-cpi.int/vtf.html> (consultado el 7 de marzo de 2007).

UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, "Uganda: ICC indictments to affect northern peace efforts, says mediator", en GlobalSecurity.org,

<http://www.globalsecurity.org/military/library/news/2005/10/mil-051010-irin02.htm> (consultado el 17 de febrero de 2007).

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Case Information Sheet "Kosovo, Croatia & Bosnia" (IT-02-54) Slobodan Milošević.

"Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etcétera —causa N°. 17.768—".

LECTURA 3

Tomada de: Sergio García Ramírez, "El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 117, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, septiembre-diciembre de 2006, pp. 637-670.

EL DEBIDO PROCESO. CONCEPTO GENERAL Y REGULACIÓN EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS*

Sergio GARCÍA RAMÍREZ**

RESUMEN: En el desarrollo del presente trabajo el autor ofrece una amplia panorámica de lo que a nivel internacional se ha hecho a favor del debido proceso, en particular en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos. Para ello nos ofrece una análisis de la jurisprudencia internacional de dicha corte, de gran ayuda para establecer un punto de común acuerdo respecto del debido proceso, entendido como un límite a la actividad estatal y conformado por un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales con el fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.

Palabras clave: debido proceso, derechos humanos, justicia internacional.

ABSTRACT: *In this essay the author examines recent developments of what has been done in favor of the due process of law at an international level, studying in particular the contributions of the Inter-American Court of Human Rights, in application of the American Convention on Human Rights. The author analyses a series of decisions of said Court, which are useful to reach a common understanding of the meaning of the due process of law: a principle that puts limits to State's actions, formed by a set of requisites that authorities must fulfill in order to protect people's rights.*

Descriptors: *due process, human rights, international justice.*

* Este trabajo recoge, con algunas modificaciones y ampliaciones, una parte de la exposición que hice en el XII Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de América Latina. "Las garantías constitucionales del debido proceso penal". Punta del Este, Uruguay, 10-14 de octubre de 2005. En la presentación que ahora se publica examino las referencias al debido proceso en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos regionales que forman parte del mismo *corpus juris* americano, sin avanzar en el estudio de los temas específicos de la materia conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que analicé en aquella exposición y cuyo examen pormenorizado reservo para otros textos más extensos.

** Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIX, núm. 117, septiembre-diciembre de 2006, pp. 637-670

1. En otra ocasión me he referido al marco internacional del debido proceso,¹ que se localiza en los principios germinales de las cartas de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos, y en los instrumentos que derivan de éstas o integran, con ellas, el reducto tutelar del individuo: declaraciones universal² y americana,³ de 1948, y en seguida —con carácter claramente normativo—⁴ Convención Europea, de 1950,⁵ Pacto Internacional, de 1966,⁶ Convención Americana, de 1969,⁷ y Carta Africana, de 1981.⁸ A la aplicación de estos instrumentos sirven, en sus respectivos ámbitos de atribuciones, los pronunciamientos de diversos órganos internacionales, entre ellos la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁹

¹ Cfr. García Ramírez, Sergio, *Panorama del proceso penal*, México, Porrúa, 2004, esp. pp. 7 y ss.

² Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.

³ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 2 de mayo de 1948.

⁴ Con esta mención no pretendo excluir el dato normativo que pudieran poseer las declaraciones, directa o indirectamente, y que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha examinado por lo que respecta a la Declaración Americana de 1948, que establece cuáles son los derechos humanos a los que alude la Carta de la Organización de los Estados Americanos. El tribunal analiza el valor vinculante que tiene, por este medio, dicha declaración. Cfr. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, párrs. 39 y ss. En esta opinión, la corte asegura que “los Estados miembros (de la OEA) han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA” (párr. 43), y que para los Estados miembros de la organización, “la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales” (párr. 45).

⁵ Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 6 de diciembre de 1966.

⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), de 22 de noviembre de 1969, a la que en este trabajo me referiré también como convención, Convención Americana o CADH.

⁸ Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, “Carta de Banjul”, de 27 de julio de 1981.

⁹ A la que me referiré en este trabajo como Corte Interamericana, Corte IDH, corte o tribunal.

2. En un cuarto de siglo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha acuñado una variada y estimable jurisprudencia.¹⁰ Los criterios alojados en ésta trascienden cada vez más los casos planteados ante ese tribunal y se proyectan hacia la legislación, la jurisprudencia y la práctica de los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, sobre todo aquellos que han aceptado la competencia contenciosa de la corte, tomando en cuenta la amplia admisión del Pacto de San José en los ordenamientos internos y la función de la corte como intérprete de la convención.¹¹ Esta es la principal aportación de la justicia interamericana, que no podría resumirse solamente en la solución de un reducido número de casos particulares —no obstante su notoria importancia— ni actuar como última instancia de los procesos iniciados y desarrollados ante la jurisdicción interna.¹² La recepción nacional de

¹⁰ Al respecto, *cf.* García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001. Se halla en prensa la segunda edición, en dos vols., que abarcará las opiniones consultivas y sentencias sobre casos contenciosos entre 1979 y 2005. La jurisprudencia de este tribunal se puede consultar en la página *web*: *www.corteidh.or.cr*. Asimismo, *cf.* García Ramírez, Sergio y Toro Huerta, Mauricio I. del, “México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Veinticinco años de jurisprudencia”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LV, núm. especial, 2005, pp. 147 y ss.

¹¹ Así, en los términos de esta misma: artículos 62.1 y 64.1, así como del Estatuto del propio tribunal, adoptado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en el noveno periodo de sesiones (La Paz, Bolivia, octubre de 1979), cuyo artículo 1 previene: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

¹² En la presentación que hice, como presidente de la Corte Interamericana, en la Asamblea General de la OEA (Fort Lauderdale, Florida, EUA, junio de 2005), me referí a este punto, que he mencionado en otros informes ante órganos de gobierno de la OEA, en los siguientes términos: “la verdadera trascendencia de [los] pronunciamientos [de la corte] radica en la influencia que tienen en la orientación de leyes, decisiones judiciales, programas administrativos y prácticas nacionales. Por ello es alentador advertir —y me satisface hacerlo ante los representantes de los Estados Americanos— la creciente recepción de las resoluciones y los criterios de la Corte por parte de los tribunales nacionales. Comienza a establecerse el indispensable puente entre la jurisdicción nacional y la internacional. Esto constituye uno de los datos más positivos y definitorios de la actual etapa. Debe ser subrayado, porque acredita la voluntad jurídico-política de mejorar la protección de los derechos humanos y fortalecer

la jurisprudencia internacional constituye un factor crucial en el sistema tutelar de los derechos humanos,¹³ considerado en su conjunto: unión de normas, medios e instrumentos nacionales e internacionales.¹⁴ Así lo aprecia, por lo que respecta a su propia función como órgano jurisdiccional regional, la Corte Europea.¹⁵ A su turno, los tribunales nacionales procuran —por diversas vías, que no pretendo ex-

la jurisdicción interamericana construida por la decisión soberana de los Estados”. En: <http://www.corteidh.or.cr/public/discursos.html>.

¹³ Cfr. Ayala Corao, Carlos M., “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional”, en varios autores, *Jurisdicción constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000, Realidades y perspectivas*, Bogotá, Corte Constitucional-Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa-Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”-Konrad Adenauer Stiftung, 2001, pp. 172 y ss.

¹⁴ En otras oportunidades he sugerido revisar el concepto que se maneja regularmente acerca del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que en rigor se halla fincado en determinadas convicciones compartidas (que constan en la Carta de la OEA, la Declaración de 1948 y la Convención de 1969), un *corpus juris* creciente, determinados agentes o protagonistas y un movimiento coincidente de éstos en procuración de fines comunes. En la presentación ante la Asamblea General a la que aludí en la nota 12, *supra*, subrayé que “el sistema interamericano protector de los derechos humanos no se resume en la comisión y la corte. Es mucho más que esto. Los Estados y la Organización son elementos fundamentales del sistema. Lo son la sociedad civil y sus instituciones. Por lo tanto, los pasos adelante debieran plantearse y conseguirse en toda la línea de ese horizonte. Sólo así serán suficientes, persistentes y efectivos”. En <http://www.corteidh.or.cr/public/discursos.html>.

¹⁵ En la sentencia del 18 de enero de 1978, sobre el caso *Ireland vs. United Kingdom* (serie A, núm. 25, párr. 154), la Corte Europea hizo ver que sus resoluciones no “sirven solamente para decidir los asuntos sujetos a su conocimiento, sino, más ampliamente, para dilucidar, salvaguardar y desarrollar las reglas establecidas en la Convención (Europea), contribuyendo así a la observancia, por parte de los Estados, de los compromisos contraídos por éstos como partes en la Convención”. Polakiewicz, Jörg, “The execution of Judgements of the European Court of Human Rights”, en Blackburn, Robert y Polakiewicz, Jörg, *Fundamental Rights in Europe. The ECHR and its Member States, 1950-2000*, Oxford University Press, 2001, p. 72. Mireille Delmas-Marty señala que “la aportación directa [del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho Comparado], en caso de condena por [aquél], consiste en revelar las debilidades del proceso penal nacional. Indirectamente ha de añadirse la indicación de una cierta concepción del proceso penal que podría calificarse de concepción europea”. Delmas-Marty, Mireille, “Introducción”, en *id.* (dir.), *Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*, trad. de Pablo Morenilla Allard, Zaragoza, España, Eijus, 2000, p. 33.

poner aquí— la conformidad de las soluciones locales con los criterios continentales.¹⁶

3. Los temas del debido proceso han figurado con gran frecuencia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹⁷ tanto contenciosa como consultiva. Aquélla está dotada de fuerza vinculante para los fines del caso *sub judice*,¹⁸ así como de trascendencia en la formación de normas, resoluciones y prácticas nacionales,¹⁹ y la segunda funge como criterio relevante para la interpretación de disposiciones internacionales aplicables en los Estados

¹⁶ En lo que toca a Europa, *cf.* Polakiewicz, Jörg, “The Status of the Convention in National Law”, en Blackburn y Polakiewicz, *op. cit.*, nota anterior, p. 52. Esto no implica que dichos tribunales invoquen apenas el artículo 6o. de la convención, referente a la materia que ahora interesa, sino que consideren los criterios sobre estos extremos aportados por la Corte Europea en los casos de los que ésta ha conocido. *Cfr. id.*, *op. cit.*, en esta misma nota, p. 51.

¹⁷ *Cfr. infra* nota 27.

¹⁸ La Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la que son parte la mayoría de los Estados del continente (34 Estados forman parte de la OEA con plenos derechos; 24 son partes en la convención, y 21 —con población conjunta de alrededor de 500 millones de personas— han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana), establece la eficacia vinculante de las resoluciones de la corte: compete a ésta interpretar y aplicar la convención (así como otros instrumentos que le reconocen competencia: Protocolo de San Salvador y Convenciones sobre tortura y desaparición forzada) en ejercicio de su competencia contenciosa (artículo 62); “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable” (artículo 67); y “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

¹⁹ Trascendencia que proviene de que los Estados han reconocido —a menudo desde el plano constitucional— la vigencia del tratado internacional por lo que toca a su orden interno, y de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos “es —como ya se dijo— una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (artículo 1 del Estatuto de la Corte, de 1979). En un creciente número de resoluciones judiciales nacionales se reconoce la función de la corte como intérprete calificado de la convención, y por lo tanto se acogen sus determinaciones a título de criterio eficaz para establecer el sentido de las normas de aquélla en lo que concierne a su aplicación en el plano interno.

americanos.²⁰ Algunos tratadistas²¹ y ciertas resoluciones jurisdiccionales nacionales²² consideran que las opiniones consultivas poseen, asimismo, eficacia vinculante, aun cuando no es éste el parecer prevaeciente en un amplio sector de la doctrina,²³ hasta hoy, y en las decisiones de la propia corte.²⁴

²⁰ Es así que se produce, cada vez más, la integración del orden internacional y los órdenes nacionales por diversos medios; a la cabeza figura el “puente” que tienden las propias Constituciones internas. *Cfr.* Albanese, Susana, *Promoción y protección internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, La Rocca, 1992, pp. 115 y 116.

²¹ En lo que toca a tratadistas, *cfr.*, por ejemplo, Faúndez Ledesma, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3a. ed., San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Autoridad Noruega para el Desarrollo Internacional-Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo, 2004, pp. 991-993, que difiere del concepto de la propia corte acerca del alcance de las opiniones consultivas, y Alonso Gómez Robledo, quien asegura que las opiniones de la Corte IDH “poseen... *force de droit* en lo general, ya que son susceptibles de conllevar ciertos efectos jurídicos a la par que ciertas Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas”. *Derechos humanos en el sistema interamericano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2000, p. 46.

²² En este sentido, la Sala IV de la Corte Suprema de Costa Rica, a propósito de la Opinión Consultiva OC-5/85, sobre La colegiación obligatoria de periodistas —opinión requerida por Costa Rica—, en la sentencia dictada a propósito de la acción de inconstitucionalidad núm. 412-S-90, el 13 de noviembre de 1985. Sobre los antecedentes de este asunto en el pensamiento del doctor Rodolfo Piza, primer presidente de la Corte Interamericana, y luego magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, *cfr.* Buergenthal, Thomas, “Recordando los inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista IIDH*, San José, Costa Rica, núm. 39, enero-junio de 2004, p. 20.

²³ *Cfr.*, por ejemplo, Buergenthal, Thomas y Kiss, Alexandre, *La protection internationale des droits de l'homme*, Kehl-Strasbourg-Arlington, N. P. Engel, 1991, pp. 120 y 121. En su análisis de la materia, los autores destacan, no obstante, el valor de las opiniones de la corte en su calidad de autoridad judicial a la que se atribuye competencia para interpretar y aplicar la Convención Americana. Buergenthal hace notar que “el cumplimiento por los Estados de sus obligaciones internacionales no depende tanto del carácter formal de un fallo y de su ejecutoriedad abstracta. Mucho más importante es su impacto como fuerza capaz de legitimar la conducta gubernamental y la percepción de los gobiernos acerca del precio político que el no cumplimiento puede conllevar”. Buergenthal, “El sistema interamericano para la protección de los derechos humanos”, *Anuario Jurídico Interamericano. 1981*, Washington, D. C., Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Secretaría de la Organización de los Estados Americanos, 1982, p. 147.

²⁴ Este tribunal, en la Opinión Consultiva OC-1/82, sobre “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la corte, del 24 de septiembre de 1982, señaló que “las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, no tie-

4. También la Corte Europea ofrece testimonio sobre la abundante presencia de cuestiones vinculadas con el debido proceso, con gran acento en la vertiente penal.²⁵ Algunos analistas nacionales destacan la frecuencia de casos planteados a esa corte sobre puntos del enjuiciamiento,²⁶ como también la de asuntos conocidos por la jurisdicción nacional a partir del artículo 6o. de la Convención de 1950, concerniente al tema que ahora nos ocupa.

5. De hecho, esta materia se halla presente en la mayoría de las sentencias sobre asuntos contenciosos²⁷ y en un buen número de opi-

nen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención”, párr. 51.

²⁵ Óscar Schiappa-Pietra observa que el artículo 6o. de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) —precepto que establece las normas primordiales del debido proceso— “es el que ha merecido mayor número de casos (ante el sistema europeo de protección de los derechos humanos), en comparación con todos los demás derechos reconocidos por la CEDH”. “Notas sobre el debido proceso en el marco del sistema regional europeo para la protección de los derechos humanos”, en Novak, Fabián y Mantilla, Julissa, *Las garantías del debido proceso. Materiales de enseñanza*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Centro de Estudios Internacionales-Embajada Real de los Países Bajos, 1996, p. 145.

²⁶ Mencionados sólo como ejemplos, *cfr.*, por lo que toca a Francia: Dupré, Catherine, “France”, en Blackburn y Polakiewicz, *op. cit.*, nota 15, p. 325; y en lo que respecta a Italia, con énfasis en los problemas del “plazo razonable”: Meriggiola, Enzo, “Italy”, en Blackburn y Polakiewicz, *op. cit.*, nota 15, pp. 487 y 488 y 501. Acerca de España, Guillermo Escobar Roca observa que el artículo 6 es el precepto de la convención invocado con mayor frecuencia ante la Corte Constitucional de este país. *Cfr.* “Spain”, en Blackburn y Polakiewicz, *op. cit.*, nota 15, p. 817. Las violaciones del plazo razonable y del derecho de defensa son las más frecuentemente invocadas, en materia procesal penal, ante la Corte Europea, así como los problemas que suscita el derecho a un tribunal independiente e imparcial. *Cfr.* Delmas-Marty, Mireille, “Introducción”, en *id.* (dir.), *op. cit.*, nota 15, p. 34.

²⁷ En la estadística general de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que abarca los casos de los que ésta ha conocido entre 1979, fecha de instalación del tribunal, y 2005, se ha declarado la existencia de violación del artículo 8 de la convención (“Garantías Judiciales”) en 43 litigios; y la del artículo 25 (“Protección Judicial”) en 40. No existe la misma frecuencia en lo que respecta a otros preceptos de la convención, cuyas cifras, en orden descendente, son: 34 de violaciones del derecho a la integridad (artículo 5); 28 del derecho a la libertad (artículo 7), y 26 del derecho a la vida (artículo 4). En estos últimos supuestos, es preciso tomar en cuenta que diversas violaciones de los artículos 4, 5 y 7 implican vulneraciones en el curso de procedimientos penales internos, como se menciona en el cuerpo de este artículo. Víctor Manuel Rodríguez Rescia destaca que “el derecho a un debido proceso es el derecho humano más comúnmente infringido por los Estados y la forma más usual en que los operadores judiciales hacen incurrir al Estado en responsabilidad internacional”. Ro-

niones consultivas²⁸ del tribunal interamericano. Todo hace suponer que la reflexión jurisdiccional acerca del debido proceso, un concepto crucial para la tutela de los derechos humanos,²⁹ colocado en la difícil convergencia entre el interés individual y el apremio social,³⁰ no disminuirá en el futuro cercano.

6. Desde luego, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la comisión, que exploran las cuestiones del debido proceso frente a los casos de los que conocen o a las consultas que se les dirigen, no son ajenas al estudio y a la solución de los problemas que aquél suscita en el propio procedimiento interamericano de protección de los derechos humanos. Al respecto, algunos estudiosos han expresado puntos de vista críticos.³¹ Considero que tanto la comisión

dríguez Rescía, Víctor Manuel, “El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en varios autores, *Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio*, San José, Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, vol. II, p. 1296.

²⁸ En cuanto a las opiniones consultivas de fechas recientes, son particularmente relevantes, en torno a esta materia, la OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, en torno a El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular, y la OC-17/02, del 28 de agosto de 2002, a propósito de Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, a las que acompañé votos concurrentes que también menciono en este trabajo.

²⁹ “El debido proceso es una piedra angular del sistema de protección de los derechos humanos; es, por excelencia, la garantía de todos los derechos humanos y un requisito *sine qua non* para la existencia de un Estado de derecho”. Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, San José, Costa Rica, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2003, p. 267.

³⁰ El debido proceso, advirtió Ricardo Levene (h): “tiene que tratar y lograr la armonía de los dos grandes intereses en juego, el interés social, conmovido, perjudicado, dañado, atemorizado por la comisión de un delito, y el interés individual, puesto en peligro por su sometimiento a un proceso... Aquí tenemos que buscar (la) conjugación armoniosa de los intereses sociales con el interés individual, y de aquí surge lo que nosotros llamamos ‘El debido proceso penal’”. *El debido proceso penal y otros temas*, San José, Costa Rica, Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD)-Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1981, p. 27.

³¹ Así, por ejemplo, Buergenthal, Thomas y Cassell, Douglass, “The Future of the Inter-American Human Rights System”, en Méndez, Juan E. y Cox, Francisco (eds.), *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, pp. 548-550. Me he referido a algunos problemas que se suscitan en puntos concernientes al debido proceso o al acceso a la justicia, en general, en García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 133 y ss.

como la corte se han movido en sentido favorable a la recepción del debido proceso en sus ordenamientos —a través de frecuentes reformas reglamentarias— y en sus prácticas.

7. En fin de cuentas, ahora existe un panorama mundial renovado acerca del debido proceso, en constante revisión y precisión, que se ha visto fuertemente influido por el derecho internacional de los derechos humanos y por la jurisprudencia proveniente de los tribunales que tienen a su cargo la interpretación y aplicación de los tratados sobre esta materia. El debido proceso, bajo alguna expresión que recoge las mismas exigencias —por lo general, *fair trial* en la versión inglesa de los instrumentos—,³² tiene carta de naturalización en el derecho internacional de los derechos humanos. Por ello se ha considerado que tenemos a la vista un nuevo paradigma del debido proceso y que es preciso replantear éste al amparo de las novedades que trae consigo aquella rama notable del derecho de gentes.³³

³² Así, Declaración Universal de Derechos Humanos: art. 10, *fair and public hearing*; Convención Europea de Derechos Humanos, art. 6.1: *fair and public hearing*; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.1: *fair and public hearing*; Convención Internacional para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, art. 18.1: *fair and public hearing*; Primer Protocolo a las Convenciones de Ginebra, art. 75.4: *respecting the generally recognized principles of regular judicial procedure*; Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), art. 47, epígrafe: “*Right to an effective remedy and to a fair trial*”: *fair and public hearing*. La Comisión Internacional de Juristas considera que “el derecho al debido proceso (*the right to a fair trial*) ante un tribunal independiente e imparcial no sólo se halla reconocido en tratados, sino también forma parte del Derecho internacional consuetudinario. Por ello los países que no han acogido o ratificado esos tratados se encuentran obligados, en todo caso, a respetar ese derecho y ajustar a él sus sistemas judiciales”. *International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors. A practitioners' guide*, Geneva, Switzerland, International Commission of Jurists, 2004, p. 7.

³³ Hay que “volver a pensar el derecho procesal penal después de la irrupción de los tratados internacionales”. El derecho internacional de los derechos humanos “tiene un fundamental papel para la reformulación del proceso penal a partir del nuevo paradigma de los derechos humanos”. Existe “un nuevo paradigma para el proceso penal a partir de la incorporación de los tratados sobre derechos humanos”. Abregú, Martín, “Prólogo” a Cafferata Nores, José I., *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Buenos Aires, Ed. del Puerto-Centro de Estudios Legales y Sociales, 2000, pp. IV y VIII.

8. En buena medida, el problema central de la justicia penal en nuestro tiempo, que se proyecta sobre las contiendas acerca de derechos humanos, gira en torno al (falso) dilema entre debido proceso (*due process*) y contención del crimen (*crime control*),³⁴ o bien, a la eficacia de la persecución penal instalada sobre el respeto a los derechos humanos, por una parte, y la seguridad pública, por la otra. El debate acerca del debido proceso, proyectado sobre asuntos judiciales penales de gran relevancia e influencia, pone de manifiesto la tensión existente entre las concepciones que acentúan el valor de los derechos humanos —más allá de consideraciones “prácticas”, que pudieran “relativizar” su alcance—, y aquellas otras que reclaman ponderación en el entendimiento del debido proceso, de manera que no melle el interés social en la seguridad pública.³⁵ Esto se advierte en los casos sometidos al conocimiento de la corte, en los que se aduce la existencia de crímenes gravísimos como motivo para la reacción severa del Estado. Desde luego, la corte ha sostenido que el Estado debe combatir el delito y proteger a la sociedad, pero ha de hacerlo con respeto a los derechos humanos y estricta observancia de los

³⁴ Se enfrentan, “de un lado, la eficacia del sistema penal, concebido como sistema de control de la criminalidad (y del) lado opuesto, las garantías procesales (*due process*) transforman el proceso penal en una carrera de obstáculos”. Esto se ha manifestado primero en los Estados Unidos de América. La “cuestión de las opciones del proceso se refleja en Europa en la oposición entre eficacia en la investigación de las infracciones y de sus autores, y el respeto de los derechos fundamentales de la persona”, aunque también se ha señalado que ambos extremos pueden ser conciliados en una “bipolaridad del proceso penal”. Delmas-Marty, Mircille, “Introducción”, en *id.* (dir.), *op. cit.*, nota 15, pp. 40 y 41.

³⁵ Al respecto, *cf.*, por ejemplo, Schulhofer, Stephen J., “Reconsidering *Miranda* and the Fifth Amendment”, en Hickok Jr., Eugene W. (ed.), *The Bill of Rights. Original Meaning and Current Understanding*, Charlottesville-Londres, University Press of Virginia, 1991, pp. 288 y ss.

principios y las normas del Estado de derecho,³⁶ orientación que también campea en otros actos de la comunidad interamericana.³⁷

9. Al debate se añade el concepto de “mal menor”, elemento de una tercera postura que pretende conciliar en una especie de “justo medio realista” las exigencias extremas —en un punto, absoluto respeto de los derechos, y en el otro, satisfacción imperiosa de la seguridad—, que se plantean en situaciones de crisis. Esa tercera postura reconoce el carácter intrínsecamente reprobable de ciertas medidas que, en determinadas circunstancias, resultan, sin embargo, admisibles, siempre bajo riguroso escrutinio. El alcance de aquéllas —se dice— debiera hallarse cuidadosamente acotado: la resistencia a emplearlas y los límites a los que se les somete derivan de su aceptada condición de medidas “necesarias”, pero “moralmente problemáticas”.³⁸ Nos

³⁶ La corte ha sostenido que “está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral”. Caso Castillo Petrucci y otros, sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 204. José Carlos Remotti Carbonell incluye dentro de los que denomina “presupuestos de actuación de la Corte Interamericana como mecanismo jurisdiccional de protección de los derechos humanos”, el siguiente punto: “La gravedad de los delitos investigados no puede fundamentar la vulneración de los derechos reconocidos en el Convenio”. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Barcelona, Instituto Europeo de Derecho, 2003, p. 33.

³⁷ Me refiero a la convención contra el terrorismo, de 2002, y particularmente a la *AG/RES. 1906 (XXXII-0/02)*, acerca de “Derechos humanos y terrorismo”, aprobada en la cuarta sesión plenaria de la XXXII Asamblea General de la OEA (Barbados, 2002), en la que también se aprobó aquella convención. En esa resolución se previó, entre otros puntos: “1. Reafirmar que la lucha contra el terrorismo debe realizarse con pleno respeto a la ley, a los derechos humanos y a las instituciones democráticas para preservar el Estado de Derecho, las libertades y los valores democráticos en el Hemisferio”, y “2. Corroborar el deber de los Estados Miembros de garantizar que todas las medidas adoptadas para luchar contra el terrorismo se ajusten a las obligaciones del Derecho internacional”.

³⁸ A este respecto, Michael Ignatieff señala que “justamente porque las medidas son moralmente problemáticas deben ser estrictamente focalizadas, aplicadas al número más pequeño posible de personas, utilizadas como último recurso y sujetas al escrutinio adversarial de un sistema democrático abierto”. “La democracia y el mal menor”, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2005, p. 17. Este artículo, traducido por los editores,

hallamos, pues, ante argumentos fincados en el “estado de necesidad”, tema ampliamente explorado en el derecho penal³⁹ e invocado lo mismo por regímenes autoritarios que por defensores de la democracia. Habrá que tomar en cuenta, en todo caso, las orientaciones que se desprenden de los propios instrumentos internacionales, entre ellos la Convención Americana, sobre limitaciones, restricciones y suspensiones de derechos y libertades, tema que la corte ha examinado en algunas ocasiones, como adelante se verá.

10. Es preciso destacar las orientaciones que la jurisdicción interamericana ha definido y reiterado en esta materia y la creciente recepción que han tenido en la normativa, la jurisprudencia y las prácticas nacionales.⁴⁰ Nos hallamos, pues, frente a una doctrina jurisprudencial apreciable, abundante y útil para orientar las soluciones que es preciso arraigar en estos temas, de cuya oportuna y adecuada solución depende, a menudo, el tratamiento de los problemas que surgen en torno al respeto y la garantía de los derechos sustantivos en general.⁴¹ Como se ha dicho, las soluciones internacionales, de las que ya

constituye el primer capítulo del libro de Ignatieff, *Democracy and the Lesser Evil, Political Ethics in an Age of Terror*, Princeton University Press, The Gifford Lectures, 2004.

³⁹ Existe, se manifiesta, una doble proyección del estado de necesidad, con diversas consecuencias en cada supuesto: por una parte, el estado de necesidad *justificante*, que legitima la conducta: estado de peligro actual para intereses legítimos, que solamente es posible conjurar mediante lesión a los intereses, igualmente legítimos, de otra persona; y por la otra, el estado de necesidad *exculpante*, que no legitima la conducta, pero aminora el injusto y disminuye el contenido de culpabilidad del hecho. *Cfr.* Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, vol. I, pp. 482 y 658. Desde luego, el análisis del tema desde la perspectiva del derecho penal atiende a los requerimientos de esta disciplina, pero se debe considerar la pertinencia general de las reflexiones y los argumentos correspondientes, sobre todo en lo que atañe a los datos de justificación, en su caso.

⁴⁰ Este nuevo fenómeno, que se aprecia sobre todo en los años más recientes, alivia la preocupación expresada, con razón, por la falta de recepción adecuada que se observó durante algún tiempo. *Cfr.* Buergenthal, “Recordando los inicios...”, *cit.*, nota 22, pp. 28 y 29. En torno a este asunto, de la mayor importancia para la jurisdicción interamericana y, en rigor, para el conjunto del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, *cf. supra* nota 12.

⁴¹ En el Informe sobre el Caso Abella y otros, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que la preservación del debido proceso “reside en el convencimiento de los Estados en el sentido que una eficaz protección de los derechos requiere, además de la debida observancia de derechos sustanciales, la consagración

no pueden distanciarse las nacionales, prohijan “una unificación regional —casación— que apuntala la seguridad jurídica”.⁴² Se mira aquí, de nueva cuenta, el apremio de contar con garantías —procesales— accesibles para proteger los derechos —materiales— proclamados en declaraciones y convenciones.⁴³ De esta circunstancia proviene el gran alcance que se asigna al concepto de debido proceso.⁴⁴ Esta

de garantías procesales que aseguren la salvaguardia de los mismos”. Informe núm. 55/97, Caso 11.137, Juan Carlos Abella (Argentina), de 18 de noviembre de 1997. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 1997, Washington, D. C., Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, p. 1998, párr. 251. Al respecto, *cf.* también Bermúdez Coronel, Eduardo, *Debido proceso: prisión preventiva y amparo de libertad en el contexto de los derechos humanos*, Quito, 2001, p. 19. Los “principios que informan el debido proceso son garantías no sólo para el funcionamiento judicial en sí mismo, sino también porque involucran el cumplimiento de otros derechos fundamentales”. Comisión Episcopal de Acción Social, *Reflexiones sobre el debido proceso en el Perú*. Documento síntesis, Lima, 1998, p. 65.

⁴² Hitters, Juan Carlos, “Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de los sistemas interamericano y europeo”, en (Memoria del) XII Congreso Nacional de Derecho Procesal, 12, 13 y 14 de junio de 2003, Paraná, Entre Ríos, Santa Fé, Asociación Argentina de Derecho Procesal, 2003, t. II, p. 166.

⁴³ Como advirtió Bobbio, en un orden de consideraciones semejante, el problema que surgió al cabo de la admisión generalizada de los derechos humanos fue el de las garantías para hacerlos valer con eficacia, cuestión jurídica, y más específicamente, política. *Cfr.* Bobbio, Norberto, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, en varios autores, *Anuario de Derechos Humanos 1981*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1982, p. 10, y *El problema de la guerra y las vías de la paz*, trad. de Jorge Binaghi, Gedisa, 1982, p. 130. En fin de cuentas, “llamamos Estados de Derecho a los Estados en los que funciona regularmente un sistema de garantías de los derechos humanos”. Bobbio, Norberto, “Presente y porvenir...”, *cit.*, en esta misma nota, p. 24.

⁴⁴ La importancia que tiene “para la protección y tutela de los derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico en su conjunto, ha dado lugar a que sea considerado como un principio general del derecho, como una garantía constitucional y como un derecho fundamental”, Bustamante Alarcón, Reynaldo, *Derechos fundamentales y proceso justo*, Lima, ARA Editores, 2001, p. 183; Hoyos, Arturo, *El debido proceso*, Bogotá, Temis, 1996, p. 118. Sobre esta base, el autor monta su definición del debido proceso o proceso justo: “derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derechos (incluyendo el Estado) que pretenda hacer uso abusivo de éstos”. Hoyos, Arturo, *op. cit.*, en esta misma nota, p. 251. La doctrina alemana considera que el *fair trial-faires Verfahren* es el “principio supremo, en tanto que elemento inseparable del principio del Estado de Derecho-*Rechtstaat*, de naturaleza constitucional informador del Derecho Procesal Pe-

consideración se aloja también en las reflexiones de la corte acerca de la naturaleza de los derechos y las garantías, y la relación que aquéllos guardan con éstas, concebidas como medios de defensa.⁴⁵ Tómese en cuenta que el debido proceso se instala principalmente bajo el rubro de garantías: “Garantías Judiciales”, conforme al artículo 8, CADH, que desde luego no agota esta materia, como queda de manifiesto en el presente artículo.

11. Si se consideran las llamadas obligaciones generales de los Estados, acogidas en los primeros artículos de la Convención Americana, y se toma en cuenta que aquéllos asumen, en virtud del artículo 1,⁴⁶ deberes de (reconocimiento),⁴⁷ respeto y garantía acerca de los derechos contenidos en el pacto, como ha establecido la Corte Interamericana a partir de sus primeros pronunciamientos en cuestiones contenciosas,⁴⁸ se llega a la conclusión de que el debido proceso po-

nal”. Esparza Leibar, Iñaki, *El principio del proceso debido*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1995, p. 229.

⁴⁵ “Las garantías —sostuvo la Corte— sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados parte tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia”. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87, de 30 de enero de 1987, párr. 25.

⁴⁶ “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...” (párrafo 1).

⁴⁷ Se suele acentuar, a este respecto, las obligaciones de respeto y garantía que ciertamente se hallan explícitas en el Pacto de San José. Ahora bien, existe implícitamente —pero necesariamente, desde la doble perspectiva normativa y práctica— un deber precedente sobre el que se construyen aquéllas obligaciones: deber de reconocer los derechos y libertades que luego serán respetados y garantizados. De ahí que sea necesario hablar de reconocimiento, respeto y garantía.

⁴⁸ En tal sentido, la sentencia en el Caso Velásquez Rodríguez, párrs. 166 y 167. En este pronunciamiento se afirma: *a)* “el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”; y *b)* la obligación de garantía “no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”. Acerca de los de-

see cierto carácter programático e implica la “existencia, suficiencia y eficacia de un sistema judicial y procesal idóneo para garantizar ese derecho fundamental a la justicia”.⁴⁹

12. Aquí me refiero particularmente al debido proceso “adjetivo”, que a su turno enlaza —bajo un concepto de amplio alcance— con el acceso formal y material a la justicia⁵⁰ y con respecto al cual se utilizan diversas denominaciones, en ocasiones equivalentes y a veces relativas a cuestiones aledañas de mayor o menor amplitud,⁵¹ que

beres de respeto y garantía, *cfr.*, entre otros, Buergenthal, “El sistema interamericano...”, *cit.*, nota 23, pp. 123 y 124; Medina Quiroga, Cecilia, *op. cit.*, nota 29, pp. 16 y ss., y Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano...*, *cit.*, nota 21, pp. 76 y ss.

⁴⁹ Rodríguez Rescia, “El debido proceso legal...”, en varios autores, *Liber Amicorum...*, *cit.*, nota 27, p. 1300.

⁵⁰ Formal, como derecho de plantear contiendas, probar los hechos y las razones y alegar en defensa de las correspondientes pretensiones; y material, como derecho a obtener una sentencia favorable a las pretensiones justas. *Cfr.* García Ramírez, Sergio, *Poder Judicial y Ministerio Público*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 1997, pp. 22 y 23. Se dice, asimismo, que “el derecho al debido proceso y a una efectiva tutela judicial comprende tres aspectos. En primer lugar, el derecho al acceso real, libre, amplio e irrestricto al órgano jurisdiccional, a efecto de satisfacer determinadas pretensiones; en segundo lugar, el derecho a que la atención de las pretensiones se desarrolle conforme a las reglas del debido proceso, es decir, según las normas vigentes y los estándares aceptados como necesarios para hacer posible la eficacia del derecho; y, en tercer lugar, el derecho a la efectividad de la sentencia, es decir, a que la decisión final sea susceptible de ser ejecutada”. Defensoría del Pueblo, *Debido proceso y administración estatal*, Lima, 1999, p. 77. Son muy diversas las fórmulas constitucionales acerca del derecho a obtener justicia ante los tribunales. Por ejemplo, el artículo 17 de la Constitución mexicana se refiere al derecho de toda persona “a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla... de manera pronta, completa e imparcial”. El artículo 41 de la Constitución de Costa Rica señala que “ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida y en estricta conformidad con las leyes”.

⁵¹ Así, los autores citan: debido proceso legal, proceso justo, juicio justo, *fair trial*, tutela judicial efectiva, garantías judiciales, derecho constitucional de defensa, bilateralidad del proceso (a este concepto se refiere Cafferata Nores cuando examina las “garantías judiciales comunes a la víctima y al acusado”, colocadas bajo el rubro de “bilateralidad”: son la igualdad ante los tribunales, el acceso a la justicia y defensa en juicio y la imparcialidad e independencia de los jueces. *Cfr.* Cafferata Nores, José I., *op. cit.*, nota 33, p. 23), principio o derecho de contradicción, proceso debido, garantía de justicia, garantía de audiencia, garantía de defensa en juicio, etcétera. *Cfr.* Bustamante Alarcón, *op. cit.*, nota 44, p. 11. Aquel autor deslinda debido proceso de derecho a la tutela jurisdiccional efectiva: la “identificación resulta inadecuada, no sólo

han ingresado en las disposiciones y la tradición jurídica de los Estados modernos.⁵² En cambio, no es materia principal de este ensayo la vertiente “material” o “sustantiva” del debido proceso, que posee, por supuesto, la más destacada importancia. A este respecto sólo formularé algunas consideraciones, brevemente.

13. Con precedentes en el derecho medieval inglés —bajo la noción de *law of the land*—,⁵³ el debido proceso legal (*due process of law*) ingresó en el torrente constitucional estadounidense⁵⁴ a través de la

porque se trata de dos derechos que tienen un origen diferente (el proceso justo de origen anglosajón y la tutela jurisdiccional efectiva de la Europa continental), sino también porque extienden su fuerza normativa a ámbitos de aplicación también diferentes. Así, mientras la tutela jurisdiccional efectiva está circunscrita a los procesos jurisdiccionales —valga la redundancia—, el proceso justo o debido proceso rige además los procedimientos administrativos, arbitrales, militares, políticos y particulares”. *Cfr.* Bustamante Alarcón, *op. cit.*, nota 44, p. 185. Medina Quiroga señala que el artículo 8 de la Convención Americana, “que consagra, según su titulación, las ‘garantías judiciales’, establece lo que se conoce en el derecho internacional de los derechos humanos como el derecho al ‘debido proceso’”. Medina Quiroga, Cecilia, *op. cit.*, nota 29, p. 266. Cafferata Nores cita a José Luis Vázquez Sotelo cuando señala que el derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 1.1, 8.1 y 25 CADH) “comprende el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho de incoar un proceso y de seguirlo, el de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, el derecho a obtener una sentencia de fondo sobre esa cuestión, el derecho a la utilización de los recursos, el derecho a que la sentencia se ejecute”. Cafferata Nores, José I., *op. cit.*, nota 33, pp. 45 y 46.

⁵² “De alguna manera, el ‘debido procedimiento legal’ (*due process of law*), citado antes en el Derecho de los EE.UU., o la garantía de un juicio imparcial y leal (*fair trial*), del Derecho inglés, o su traducción al Derecho europeo continental previendo ‘oportunidades iguales’ para el imputado en juicio (*Waffengleichheit*), derechos consagrados por el art. 6, párr. 1o., 1a. oración, de la Convención europea sobre derechos humanos, equivalen a nuestro ‘derecho de defensa’”. Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal, Fundamentos*, 2a. ed., Buenos Aires, Ed. del Puerto, 1996, pp. 540 y 541.

⁵³ La revisión de la Carta Magna en 1354, bajo Eduardo III, trajo consigo el concepto *due process of law* en vez de *law of the land*. Según Edward Coke, que consideró equivalentes ambos conceptos, esta última expresión significaba “*indictment and presentment of good and lawful men, and trial and conviction in consequence*”. *Cfr.* Wolfe, Christopher, “The Original Meaning of the Due Process Clause”, en Hickok, Jr., *op. cit.*, nota 35, p. 220.

⁵⁴ Sobre el desarrollo de la materia, en el que no puedo extenderme ahora, la literatura estadounidense es copiosa. En lo que respecta a exposiciones en español, *cfr.*, entre muchos más, Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes, El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1970, pp. 17 y ss.; Esparza Leibar, Iñaki, *op. cit.*, nota 44, pp. 70 y ss.; y Bustamante Alarcón, *op. cit.*, nota 44, pp. 191 y ss. En portugués, *cfr.* Gusmão Carneiro, Athos, “Devi-

enmienda V,⁵⁵ primero, y de la enmienda XIV,⁵⁶ más tarde —en la etapa de “nacionalización” del debido proceso, acogido en los Estados de la Unión Americana—⁵⁷ como instrumento de tutela de la libertad, la vida y la propiedad. Los datos del debido proceso, en su versión primordial, se localizan en aquellas dos enmiendas a las que es necesario añadir —desde la perspectiva del debido proceso adjetivo— otras incorporadas en el primer conjunto de adiciones a la Constitución de los Estados Unidos de América: enmiendas VI⁵⁸ y VIII,⁵⁹ principalmente. De estas referencias indispensables y de la

do processo legal (Direito fundamental, principio constitucional e cláusula aberta do sistema processual civil)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, año V, núm. 7, 2005, pp. 137 y ss.

⁵⁵ Incorporada en el conjunto de las enmiendas iniciales de 1791, señala: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land of naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation”.

⁵⁶ Esta enmienda, incorporada en 1868 —después de la Guerra de Secesión—, señala en lo pertinente para los fines de la presente exposición: “1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges and immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor to deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

⁵⁷ En diversos momentos, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América extendió a los Estados de la Unión la aplicación de las enmiendas constitucionales, a través de una desarrollada interpretación de la enmienda XIV. *Cfr.* Keck, Thomas M., *The Most Activist Supreme Court in History*, Chicago-Londres, The University of Chicago Press, 2004, esp. pp. 72 y ss.

⁵⁸ La enmienda VI, de 1791, establece: “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense”.

⁵⁹ De 1791, asimismo, esta enmienda indica: “Excessive bail shall no be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishment inflicted”.

consecuente construcción jurisprudencial proviene el concepto del debido proceso.

14. La interpretación de la cláusula —calificada como la más grande de las “majestuosas generalidades” (*majestic generalities*) de la Constitución estadounidense—⁶⁰ ha sido diversa. Se sostiene que sus términos estrictos y el contexto en el que se elaboró no permiten llevarla demasiado lejos: sólo se trataría del orden del procedimiento; “ni es una garantía general contra la arbitrariedad, ni es una garantía general del proceso justo”.⁶¹ Sin embargo, la evolución jurisprudencial ha marchado por otra vía.

15. En esta materia, la jurisprudencia de los Estados Unidos de América ha recogido tendencias restrictivas que limitan el alcance del debido proceso a la tutela de la vida, la libertad y la propiedad, y tendencias expansivas que lo amplían a la protección de otros bienes jurídicos.⁶² Conviene mencionar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha llevado la protección jurisdiccional a este segundo ámbito, como es natural, aunque al hacerlo no ha invocado el debido proceso, sino otros conceptos y disposiciones a los que me referiré *infra*.

16. No existe definición universalmente aceptada acerca del debido proceso.⁶³ Algunas Constituciones nacionales reciben esta idea, a su manera, con diversas expresiones que acentúan o incorporan, con

⁶⁰ *Cfr.* Wolfe, “The Original Meaning...”, en Hickok, Jr., *op. cit.*, nota 35, p. 227.

⁶¹ *Ibidem*, p. 227; asimismo, *cf.* pp. 213, 218 y 219.

⁶² *Cfr.*, entre otros, Esparza Leibar, Iñaki, *op. cit.*, nota 44, pp. 77 y ss.

⁶³ Hoyos considera que la “garantía constitucional del debido proceso es una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso —legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas— oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos”. Hoyos, Arturo, *op. cit.*, nota 44, p. 54. La fórmula del debido proceso —se ha dicho— acoge “el conjunto de garantías constitucionales que, por una parte, aseguran a las partes el ejercicio de sus facultades y poderes procesales, y, por la otra, resultan indispensables para el adecuado ejercicio de la jurisdicción”. Araújo Cintra, Antonio Carlos de, Pellegrini Grinover, Ada y Rangel Dinamarco, Cândido, *Teoría geral do processo*, 19a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2003, p. 82

tendencia extensiva, elementos relevantes de la compleja figura destinada a la defensa de los derechos fundamentales,⁶⁴ y en ocasiones la proyectan hacia órdenes externos al estrictamente judicial,⁶⁵ cosa que también sucede en la jurisprudencia interamericana. La ausencia de mención expresa sobre el debido proceso no significa, por supuesto, desconocimiento de la figura. Esta puede hallarse —y con la mayor frecuencia se halla— abarcada por la Constitución en calidad de “garantía innominada”.⁶⁶

17. En todo caso, la ley suprema aloja los principios del debido proceso a título de bases, referencias, normas rectoras, instrucciones, fundamentos del enjuiciamiento penal.⁶⁷ Esta es una “materia clásica”

⁶⁴ El artículo 24 de la Constitución de Ecuador indica: “Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia”. La Constitución española no impone cierta forma del proceso para los fines de la tutela judicial efectiva, pero supone —artículo 24.1— un conjunto de garantías para la tutela de los derechos fundamentales. *Cfr.* Esparza Leibar, Iñaki, *op. cit.*, nota 44, pp. 164 y ss. Jairo Parra Quijano señala que “dentro del plexo de garantías que regentean desde el ordenamiento superior el curso del proceso penal, se encuentra en primera instancia el debido proceso, adoptado en la actualidad como un derecho fundamental, de aplicación inmediata (art. 85, C. P.) de rango constitucional, en el cual se establecen límites a la actividad represora del Estado, a fin de evitar que se cercenen garantías fundamentales a quien se erige como sujeto pasivo del proceso...”. Parra Quijano, Jairo, “Debido proceso, orden justo y acceso a la Administración de Justicia”, en varios autores, *op. cit.*, nota 13, p. 92.

⁶⁵ Así, la Constitución de Colombia, de 1991, extiende expresamente la aplicación del debido proceso “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” (artículo 29, párrafo 1). En la sentencia T-13 de 28 de mayo de 1992, la Corte Constitucional de Colombia examina el alcance del debido proceso en las actuaciones administrativas.

⁶⁶ Al respecto, *cfr.* Linares, Juan Francisco, *op. cit.*, nota 54, pp. 8-10. Refiriéndose a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de España, Esparza Leibar observa que “el empleo que el TC hace del concepto proceso debido es el de un concepto jurídico relativamente indeterminado —sin pronunciarse de forma unánime sobre su naturaleza— y por lo tanto, al menos aparentemente, carente de un contenido jurídico específico y determinable con la deseada precisión”. Esparza Leibar, Iñaki, *op. cit.*, nota 44, pp. 178 y 179. El mismo tribunal entiende que el contenido del debido proceso (“las garantías procesales debidas”) se define a través de los enunciados del artículo 24, 1o. y 2o., de la Constitución española. Esparza Leibar, Iñaki, *op. cit.*, nota 44, p. 206.

⁶⁷ Maier estudia los “principios rectoras”, que “constituyen y dan contenido a la garantía del debido proceso legal..., pues establecen jurídicamente los principios políticos que conforman la base del Derecho procesal penal argentino”. Maier, Julio B.

ca” de los textos supremos, a partir de las declaraciones del siglo XVIII. En fin de cuentas, el debido proceso se instala entre las “grandes decisiones” constitucionales, cualesquiera que sean su denominación o tratamiento, deducidas de la determinación política fundamental de colocar al hombre en el centro de la escena, honrar la dignidad humana, asegurar la libertad y la igualdad de los individuos, todo lo cual acredita la calidad antropocéntrica de la Constitución y del Estado.⁶⁸

18. Acerca de la dimensión sustantiva del debido proceso, la jurisprudencia estadounidense ha aportado sucesivas elaboraciones.⁶⁹ Aquélla implica “un medio de controlar la razonabilidad de las leyes”,⁷⁰ referencia rectora de la tutela de los derechos esenciales del individuo frente al arbitrio del poder público —en sus dimensiones ejecutiva y legislativa, no sólo en el ámbito instrumental o procesal—⁷¹ y vía, por ende, para la revisión del sentido de una norma conforme a las circunstancias de los nuevos tiempos.⁷² Al respecto es

J., *op. cit.*, nota 52, p. 490. El mismo autor se refiere a los puntos de vista coincidentes de Clariá-Olmedo, quien alude a “bases constitucionales” (*Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ediar Editores, 1960, pp. 211 y ss.) y Nino.

⁶⁸ Cfr. Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 115 y 116.

⁶⁹ Cfr. estos desarrollos, que se reflejan en la consideración de cuestiones económicas y no económicas a través del concepto sustantivo de debido proceso, en Orth, John V., *Due process of Law. A Brief History*, University Press of Kansas, 2003, esp. pp. 33 y ss. Igualmente, cfr. Linares, Juan Francisco, *op. cit.*, nota 54, pp. 31 y ss.

⁷⁰ Comisión Episcopal de Acción Social, *op. cit.*, nota 41, p. 14. El debido proceso sustantivo “exige que todos los actos de poder, como normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales inclusive, sean justos, es decir, que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes constitucionalmente protegidos”. Bustamante Alarcón, *op. cit.*, nota 44, p. 205.

⁷¹ Hay “un debido proceso adjetivo que implica una garantía de ciertas formas procesales y un debido proceso sustantivo que implica una garantía de ciertos contenidos o materia de fondo justos”. Linares, Juan Francisco, *op. cit.*, nota 54, p. 12.

⁷² Las grandes decisiones de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América suelen reflejar “los puntos de vista emergentes de la mayoría de la nación y, particularmente, de las elites nacionales”. Balkin, Jack M., “Roe v. Wade. An Engine of Controversy”, en *id.* (ed. e introd.), *What Roe v. Wade should have said*, Nueva York-Londres, New York University Press, 2005, p. 11. “En el ámbito del debido proceso sustantivo —observa Akhill Reed Amar— los magistrados de la Suprema Corte consultan sus vísceras, los puntos de vista prevalecientes en su propio grupo

posible tomar en cuenta las disposiciones que contiene la CADH en ciertos ámbitos pertinentes para esta reflexión, que son de observancia obligatoria para los Estados partes en el pacto.

19. Así, consideremos las normas de interpretación de la Convención Americana que impiden reducir derechos, libertades y garantías (artículo 29),⁷³ en la línea de las prevenciones garantistas contenidas en diversos textos constitucionales;⁷⁴ las reglas sobre restricción legítima de derechos, conforme a la ley, cuya caracterización para estos fi-

social y los precedentes de la Corte”. Balkin, Jack M., *op. cit.*, en esta misma nota, p. 155.

⁷³ El artículo 29 excluye cualquier interpretación que: a) permita “suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”; b) limitar el goce o ejercicio de derechos y libertades “que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes (en la Convención Americana) o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”; c) “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”; y d) “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. Sobre esto último, conviene recordar que la corte ha afirmado la eficacia vinculante indirecta de la declaración, en cuanto ella contiene los derechos invocados por un instrumento inequívocamente vinculante: la Carta de la Organización de los Estados Americanos. *Cfr.* Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, del 14 de julio de 1989, párr. 43: “la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos especiales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración”. Consecuentemente, para los Estados miembros de la OEA “la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”. Interpretación de la Declaración Americana..., *cit.*, en esta misma nota, párr. 45. Al respecto, *cf.* *Postulados emergentes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al derecho internacional público*, Instituto de Relaciones Internacionales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de la Plata, núm. 4, octubre de 1997, pp. 168 y 169 y 174 y 175.

⁷⁴ Por ejemplo, el artículo 29 de la Constitución de Argentina, que Linares califica como “fórmula típica de nuestra Constitución”. Linares, Juan Francisco, *op. cit.*, nota 54, p. 160. Igualmente, tómesese en cuenta el primer párrafo del artículo 1o. de la Constitución de México (“En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”).

nes ha sido establecida por la jurisprudencia (artículo 30);⁷⁵ y las limitaciones a éstos que provienen de los derechos de los demás, la seguridad de todos y las exigencias del bien común (artículo 32.2).⁷⁶

20. Veamos ahora el debido proceso adjetivo, generalmente caracterizado por invocación de los elementos que lo integran. Sus méritos derivan de la conformidad entre el enjuiciamiento y la ley, pero también entre ambos y la justicia.⁷⁷ Esto conduce a establecer un tipo de

⁷⁵ Las restricciones al ejercicio y goce de derechos y libertades “no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas” (artículo 30). Ahora bien, la corte ha fijado el sentido de la expresión “ley” contenida en ese precepto: “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las Constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes”. La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, de 9 de mayo de 1986, párr. 27 y conclusión.

⁷⁶ El segundo párrafo del artículo 32 estatuye que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”. El artículo XXVIII de la Declaración Americana, bajo el rubro “Alcance de los derechos del hombre”, previene que “los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”.

⁷⁷ En este sentido, el proceso debido se plantea como institución del Estado de derecho, atenta a las exigencias de éste. Al respecto, “es necesario acudir, pues, a criterios materiales de legitimación —como la idea de la justicia— distintos de los meramente formales —como el de un proceso rodeado de ciertas garantías para todos los sujetos de derecho— para justificar el Estado de derecho. Pero no debe perderse de vista que el criterio de legitimación formal constituido por ciertas garantías de orden procesal, si bien no es suficiente, juega un papel de gran trascendencia en la legitimación de dicha forma de Estado”. Hoyos, Arturo, *op. cit.*, nota 44, p. 16. Bustamante Alarcón exalta la “exigencia de que se garantice el derecho a un proceso o procedimiento y de que éstos se inicien, se desarrollen y concluyan en forma justa”. Bustamante Alarcón, *op. cit.*, nota 44, p. 269, y añade: “la exigencia de que las decisiones sean materialmente justas no significa que tengan que ser justas según la ley, sino conformes con una justicia superior, fundada en la dignidad del ser humano, la naturaleza, la verdad y la razón” (p. 317). En conclusión, “el proceso justo es el derecho fundamental a la justicia a través del proceso y también del procedimiento” (p. 338). En concepto de Esparza Leibar, la Ley Fundamental de Alemania exige, bajo el concepto de Estado de derecho, la existencia de “un proceso informado por la justicia y la equidad”. Esparza Leibar, Iñaki, *op. cit.*, nota 44, p. 241.

proceso que tribute a la justicia,⁷⁸ es decir, un “juicio justo”.⁷⁹ Bajo el concepto de debido proceso se reúnen y consolidan, pues, diversos derechos del justiciable,⁸⁰ como se advertirá en el curso de este examen acerca de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.⁸¹

21. Un examen superficial de la materia llevaría a suponer que ésta se concentra bajo el artículo 8, CADH, referente a “Garantías judiciales”, y acaso también bajo las normas del “derecho a la protección judicial” recogidas en el artículo 25.⁸² El artículo 8 contiene

⁷⁸ José María Tijerino Pacheco señala que la calidad de “debido” va más allá de la simple conformidad con la ley: “hace referencia a lo que debe ser el proceso según los cánones que exige la dignidad del hombre, el humanitarismo, la justicia”; por ello, “la denominación que más se le aproxima es la de ‘proceso justo’”. “Debido proceso y pruebas penales”, en <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2007/Tijerino07.htm>.

⁷⁹ De ahí que algunos autores prefieran esta designación sobre la de debido proceso. Faúndez Ledesma, por ejemplo, considera que aquella “responde adecuada y cabalmente a la naturaleza del referido derecho, en cuanto se refiere a un conjunto de normas plasmadas en el derecho positivo y cuyo propósito es, precisamente, asegurar la justicia, equidad y rectitud de los procedimientos judiciales”. Faúndez Ledesma, Héctor, “El derecho a un juicio justo”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, núm. 80, p. 137.

⁸⁰ El antiguo juez y primer presidente de la Corte Interamericana Rodolfo E. Piza Escalante señaló en sentencia dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, de la que también fue integrante, que “el concepto del debido proceso envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjuntos de garantías de derechos de goce —cuyo disfrute satisface inmediatamente las necesidades o intereses del ser humano—, es decir, de los medios tendientes a asegurar su vigencia y eficacia”. Considerando I de la sentencia 1739-92, del 1 de julio de 1992, a propósito de la consulta judicial preceptiva de constitucionalidad (exp. 1587-90) planteada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

⁸¹ Faúndez Ledesma indica que el derecho a un juicio justo, “muy complejamente estructurado”, se halla “conformado por un numeroso grupo de ‘pequeños’ derechos que constituyen sus componentes o elementos integrantes”. Faúndez Ledesma, Héctor, “El derecho a un juicio justo”, *Revista de la Facultad...*, *cit.*, nota 79, p. 138.

⁸² El primer párrafo del artículo 25 sostiene que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones públicas”. El artículo XVIII de la Declaración Americana, bajo el epígrafe “Derecho a la justicia”, prevé que toda persona “debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

tanto las garantías judiciales generales (párr. 1),⁸³ como las garantías judiciales penales (párrafo 2), en una extensa relación que ya no se contrae solamente —como luego veremos— al enjuiciamiento criminal. Ahora bien, en dicho precepto pesa notablemente la materia penal, a tal punto que el párrafo 2 se refiere directamente a ésta —sin perjuicio de la interpretación extensiva que la corte ha provisto—, gravitación natural si se toma en cuenta que el sistema punitivo entraña una zona crítica de los derechos humanos⁸⁴ en la que éstos entran en muy severo riesgo y suelen sufrir las más graves afectaciones. Por su parte, el artículo 25 atañe a la existencia de un recurso sencillo y rápido, además de efectivo, que ampare al sujeto en el ejercicio de sus derechos. Aquí es notorio el ascendiente del juicio de amparo mexicano, y en todo caso el precepto ha recogido la institución de este nombre, de la que el *habeas corpus* es un aspecto específico.⁸⁵

22. No obstante la relevancia central de esos preceptos, el debido proceso adjetivo no se agota en ellos. Tiene expresiones y aplicaciones de suma importancia en otras normas.⁸⁶ Por el orden de aparición en la escena de la CADH, mencionaré desde luego el artículo 4. El derecho a la tutela de la vida abarca la posibilidad de que el con-

⁸³ Este párrafo previene que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. En la Declaración Americana, la materia se distribuye en dos preceptos, a saber: primera parte del artículo XVIII, en torno al “Derecho de justicia”: “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos”; y segunda parte del artículo XXVI, acerca del “Derecho a proceso regular”: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes...”.

⁸⁴ Cfr. García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y el derecho penal*, 2a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1988, p. 171.

⁸⁵ El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías..., *cit.*, nota 45, párrs. 32 y 34. Cfr., asimismo, Medina Quiroga, *op. cit.*, nota 29, pp. 358 y 359.

⁸⁶ Esto mismo sucede en el sistema europeo. Acerca del proceso destacan los artículos 5o. y 6o., pero también es preciso invocar otros artículos, como el 3o. y el 8o., frecuentemente aplicados en esta materia. Cfr. Delmas-Marty, Mireille, “Introducción”, en *id.* (dir.), *op. cit.*, nota 15, p. 32.

denado a muerte pueda combatir la sentencia a través de indulto, amnistía o conmutación (párrafo 6),⁸⁷ debidamente reglamentados.

23. El artículo 5o., concerniente al derecho a la integridad personal, incluye temas importantes para la materia que ahora reviso, en cuanto se actualizan con motivo de un procedimiento de carácter penal: proscripción de tortura y otros malos tratos (párr. 2),⁸⁸ norma que tiene conexión con la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 1985;⁸⁹ separación de procesados con respecto a sentenciados (párr. 4),⁹⁰ y tribunales especializados y tratamiento para menores de edad que infringen la ley penal (párr. 5).⁹¹ Así las cosas, la actuación jurisdiccional de la corte en cuestiones de tortura —regularmente asociadas a investigaciones penales— se halla cubierta por el artículo 5o. El tribunal interamericano se pronunció en asuntos contenciosos a propósito de tortura, antes de que se hallase en vigor la convención de la materia, tanto en general como por lo que toca a algunos Estados.⁹²

⁸⁷ Dicho párrafo señala: “Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente”.

⁸⁸ “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

⁸⁹ Esta convención, del 9 de diciembre de 1985, entró en vigor el 28 de febrero de 1987. Hasta junio de 2005, la habían ratificado Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela.

⁹⁰ “Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas”.

⁹¹ “Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”.

⁹² Ha sido ampliamente acogido el concepto de la corte acerca de la desaparición forzada, entendida como “una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados parte están obligados a respetar y garantizar”. Caso Velásquez..., sentencia de 29 de julio de 1988, *cit.*, nota 48, párr. 155. La práctica de desapariciones —indicó la corte en este caso— viola directamente “numerosas disposiciones de la Convención”, como los artículos 5 y 7, y “significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente

24. De notable importancia en este campo es el artículo 7, correspondiente al derecho a la libertad personal, frecuentemente afectado a través de actos previos al enjuiciamiento penal, vinculados con éste o integradores del proceso: privación de libertad (párr. 2),⁹³ exclusión de detenciones arbitrarias (párr. 3),⁹⁴ que guarda relación con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994,⁹⁵ información sobre las razones de la detención y los cargos formulados (párr. 4),⁹⁶ control judicial y plazo razonable (párr. 5)⁹⁷ —diferente del plazo razonable para el conjunto del enjuiciamiento—,⁹⁸ y decisión judicial acerca de la legalidad de la medida (párr. 6).⁹⁹ Aun cuando la convención especial mencionada es varios años posterior a la fecha en la que adquirió vigencia la Convención Americana, el tribunal interamericano pudo examinar los temas de la desaparición forzada con apoyo en el propio Pacto de San José. Así ocurrió desde los primeros pronunciamientos de la corte en casos contenciosos.¹⁰⁰

fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención”. Caso Velásquez..., *cit.*, en esta misma nota, párr. 158.

⁹³ “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

⁹⁴ “Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”.

⁹⁵ La convención fue suscrita el 9 de junio de 1994 y entró en vigor el 28 de marzo de 1996. En junio de 1995 había sido ratificada por Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

⁹⁶ “Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella”.

⁹⁷ “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en juicio”.

⁹⁸ *Cfr.* Medina Quiroga, Cecilia, *op. cit.*, nota 29, pp. 236, 307 y 308.

⁹⁹ “Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona”.

¹⁰⁰ *Cfr. supra* nota 92.

25. La suspensión de garantías en estados de emergencia,¹⁰¹ recurso extremo para la tutela del orden jurídico en una sociedad democrática, propone cuestiones relevantes en el marco del debido proceso. Las Constituciones nacionales regulan los extremos de suspensión de derechos o garantías; las de reciente fecha lo hacen con mayor detalle.¹⁰² En este punto existe el riesgo de que la vaguedad conceptual conduzca a establecer suspensiones innecesarias o excesivas.¹⁰³ Finalmente, la “razonabilidad” es referencia para el régimen íntegro de la suspensión: justifica y limita ésta.¹⁰⁴ Hay derechos y libertades sujetos

¹⁰¹ Esta situación se ha calificado de diversa forma en las legislaciones nacionales: estado de sitio, ley marcial, estado de emergencia, estado de guerra, estado de conmoción interior, estado de catástrofe, estado de excepción, etcétera. *Cfr.* Faúndez Ledesma, *El sistema interamericano...*, *cit.*, nota 21, p. 95. Florentín Meléndez menciona, a la luz del derecho comparado: ley marcial, plenos poderes, estado de sitio, estado de guerra, suspensión de garantías constitucionales, estado de emergencia legislativa o de necesidad legislativa, estado de excepción civil, estado de alarma. *Cfr. La suspensión de los derechos fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos*, San Salvador, El Salvador, 1999, pp. 54 y ss.

¹⁰² En las Constituciones latinoamericanas más recientes “se aportan generalmente más elementos y precisiones sobre los estados de excepción que las constituciones antiguas” Ha habido una evolución positiva en estos ordenamientos, aunque “la práctica no ha seguido siempre la evolución constitucional mencionada, e incluso con frecuencia se ha apartado”. Valiña, Liliana, “Normas y criterios aplicables a los estados de excepción en algunas Constituciones de América Latina”, *Boletín. Comisión Andina de Juristas*, núm. 29, julio de 1991, pp. 9 y 22.

¹⁰³ *Cfr.* Valadés, Diego, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 47. Se ha señalado que “en muchas circunstancias las situaciones de excepción sirven de base para el abuso del poder”. “Seminario ‘Los estados de excepción en la región andina’”, *Boletín. Comisión Andina de Juristas*, núm. 11, junio de 1986, p. 30.

¹⁰⁴ *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, “La protección procesal de los derechos humanos en América Latina y las situaciones de emergencia”, en varios autores, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, Unión de Universidades de América Latina-Miguel Ángel Porrúa, 1988, p. 176. A partir de la jurisprudencia de la Corte IDH, Cecilia Medina Quiroga indica que “la restricción debe ser (i) conducente para conseguir proteger el valor que se puede proteger mediante la restricción de ese derecho particular; (ii) debe ser proporcional, es decir, en la medida estrictamente necesaria para conseguir el fin perseguido; y (iii) no debe haber otra alternativa para conseguir el fin que restringir ese derecho, lo que implica que, si la hay, debe emplearse esa alternativa y no la de mayor restricción”. Medina Quiroga, Cecilia, *op. cit.*, nota 29, p. 45. Según Faúndez Ledesma, son condiciones específicas para la suspensión: necesidad, proporcionalidad y temporalidad. *Cfr.* Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano...*, *cit.*, nota 21, pp. 122 y ss. Florentín Meléndez menciona los siguientes principios de derecho internacional aplicables en los estados de excepción: proclama-

a suspensión, en los términos estrictos del artículo 27, CADH;¹⁰⁵ otros se hallan excluidos, en todo caso, de esta posibilidad.¹⁰⁶

26. A este último respecto interesan tanto la incolumidad de la integridad personal (artículo 27.2),¹⁰⁷ como la intangibilidad —reiterada por la jurisprudencia de la corte, como máxima defensa de la legitimidad y legalidad en los actos de la autoridad—¹⁰⁸ de ciertos medios de tutela judicial, indispensables para la protección de los derechos y libertades que no se hallan sujetos a suspensión, posición que resultaría favorecida en la medida en que se incrementara el catálogo de

ción, notificación, no discriminación, proporcionalidad, provisionalidad o temporalidad, intangibilidad de ciertos derechos humanos, amenaza excepcional, necesidad y otros más. *Cfr. La suspensión de los derechos...*, *cit.*, nota 101, pp. 90 y ss.

¹⁰⁵ Las hipótesis de suspensión se establecen de esta manera: “En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social” (artículo 27.1).

¹⁰⁶ Se recomienda ampliar los derechos que no son susceptibles de suspensión. *Cfr. “Seminario ‘Los estados de excepción...’*, *cit.*, nota 103, p. 33.

¹⁰⁷ Se hallan excluidos de suspensión los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3), a la vida (artículo 4) y a la integridad personal (artículo 5), la prohibición de esclavitud y servidumbre (artículo 6), el principio de legalidad y de retroactividad (artículo 9), la libertad de conciencia y religión (artículo 12), la protección a la familia (artículo 17), el derecho al nombre (artículo 18), los derechos del niño (artículo 19), el derecho a la nacionalidad (artículo 20) y los derechos políticos (artículo 23) (artículo 27.2).

¹⁰⁸ El tema aparece, sobre todo, en dos opiniones consultivas: OC-8/87 (El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías..., *cit.*, nota 45) y OC-9/87 (Garantías Judiciales en Estados de Emergencia). En esta segunda opinión, la corte puntualizó la “necesidad genérica de que en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellas se adecuen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella”, párr. 21. Esto abarca las garantías previstas en los artículos 7.6 y 25.1, CADH, “consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8”, en la inteligencia de que esta relación no es exhaustiva: es preciso considerar “también las (garantías) inherentes a la preservación del Estado de derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías”, párr. 38.

derechos inherentes al debido proceso excluidos de suspensión.¹⁰⁹ La vigencia de determinados medios de defensa constitucionales —*habeas corpus* y amparo— en situaciones de excepción, una vigencia que no puede ser cuestionada, permite al Poder Judicial examinar la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas que despliega la autoridad.¹¹⁰ Existe una corriente favorable a la más amplia intervención de la Corte Interamericana en la apreciación de los casos de suspensión, a la luz de la CADH.¹¹¹

27. Los puntos del debido proceso, así como todas las cuestiones relativas a la protección de los derechos fundamentales y previstas en la CADH, nutren las obligaciones generales que asumen los Estados partes en el pacto: (reconocimiento),¹¹² respeto y garantía de derechos (artículo 1o.1)¹¹³ y adopción de disposiciones y medidas protectoras de orden interno (artículo 2o.).¹¹⁴ También es conveniente mencionar

¹⁰⁹ Al examinar los derechos que debieran quedar excluidos de suspensión, ampliando así los catálogos existentes, se pone énfasis “especialmente (en) las garantías para un debido proceso que implica fundamentalmente el respeto de las normas constitucionales y de orden procesal así como las garantías previstas en el art. 9o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”; asimismo, se requiere preservar garantías procesales para detenidos. “Seminario ‘Los estados de excepción...’”, *cit.*, nota 103, p. 34.

¹¹⁰ *Cfr.* Bernales B., Enrique, “Situación y mecanismos de protección de los derechos humanos”, en varios autores, *Los derechos humanos y la agenda del Tercer Milenio. Homenaje a la memoria del R.P. Dr. Fernando Pérez Llantada (S.J.). XXV Jornadas “J. M. Domínguez Escovar”*, Barquisimeto, Venezuela, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 2000, pp. 365 y ss.

¹¹¹ Es “importante propender a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en uso de lo estipulado en el art. 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pueda llegar a ejercer un pleno control jurisdiccional de los requisitos y condiciones para la dictación y aplicación de los estados de excepción”. “Seminario ‘Los estados de excepción...’”, *cit.*, nota 103, p. 34.

¹¹² *Cfr. supra* nota 47.

¹¹³ “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma o religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

¹¹⁴ “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1o. no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

aquí las obligaciones que, conforme a la cláusula federal estipulada en el artículo 28,¹¹⁵ gravitan sobre los Estados constituidos bajo figura de Federación, así como la extensión muy amplia de los derechos humanos en los términos de la citada regla de interpretación del artículo 29, ajustada al principio *pro homine* (o *pro personae*),¹¹⁶ que a su turno produce o alienta una continua expansión de los derechos humanos y, en su caso, de los derechos y garantías asociados al debido proceso.¹¹⁷

¹¹⁵ Al respecto, se dispone: a) el gobierno nacional del Estado federal cumplirá directamente las disposiciones contenidas en la convención por lo que toca a las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial (párr. 1); b) por lo que toca a las entidades componentes de la Federación, el mismo gobierno nacional “debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención” (párr. 2), y c) los Estados que se integren en una Federación o asociación proveerán lo necesario para que las disposiciones de la convención sean efectivas en el nuevo Estado (párr. 3). La regulación contenida en este precepto, restrictiva si se compara con el régimen que otros instrumentos contienen sobre la misma materia, ha suscitado críticas. Cfr. Faúndez Ledesma, *op. cit.*, nota 21, pp. 60 y 61. Thomas Buergenthal indica: “El artículo 28 es un anacronismo que se remonta a la era de la Liga de las Naciones. Muy pocos instrumentos internacionales modernos contienen una cláusula similar”. Buergenthal, “El sistema interamericano...”, *cit.*, nota 23, p. 127. En sentido similar, cfr. Medina Quiroga, Cecilia, *op. cit.*, nota 29, p. 15.

¹¹⁶ Viene al caso una interpretación a favor del individuo, que implica conferir la mayor amplitud a las normas que benefician a éste. Esta regla es “una característica importante de la interpretación de las normas sobre derechos humanos, que constituye el norte que debe guiar al intérprete en todo momento”. Medina Quiroga, Cecilia, *op. cit.*, nota 29, p. 9.

¹¹⁷ Entre los *Postulados emergentes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al Derecho internacional público* figura la siguiente regla: “Las normas de derechos humanos deben interpretarse en el sentido más favorable a las presuntas víctimas, y la actuación de los órganos de protección de los derechos humanos, debe realizarse en la misma dirección”. Esta regla es “un desprendimiento del principio conocido como ‘*pro homine*’”. *Postulados emergentes...*, *cit.*, nota 73, pp. 168 y 169. Dicha regla “está orientada a privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y, por lo tanto, a adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano”. “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno”, *Anuario IIDH*, núm. 39, enero-junio 2004, p. 39. Además: el principio *pro homine* “debe ser inspirador del derecho internacional de los derechos humanos y representar una fundamental e indispensable regla de hermenéutica en el momento de la aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos por los tribunales internos”. “Los tratados internacionales de derechos humanos...”, *cit.*, en esta misma nota, p. 91.

28. Antes de concluir esta consideración del debido proceso, en la que me he referido sobre todo a los aspectos generales de la materia, estimo útil traer a cuentas algunas precisiones, también de alcance amplio, aportadas por la Corte Interamericana en torno a este asunto. Tómese en cuenta que el análisis del tema se ha hecho principalmente a partir de litigios relacionados con persecuciones penales, y que la regulación en la CADH pone especial acento en la materia penal. Tras la norma genérica que figura en el artículo 8.1 se halla el detalle sobre actos y derechos específicos en el procedimiento penal, contenidos en el extenso párrafo 2 del mismo precepto.

29. Conceptualmente, el debido proceso —manifiesta la corte— constituye un límite a la actividad estatal¹¹⁸ y “se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier... acto del Estado que pueda afectarlos”.¹¹⁹ Es útil observar el carácter altamente protector de este régimen, puesto que incluye tanto las garantías mínimas previstas en el artículo 8, CADH, como otras adicionales que pudieran resultar necesarias para la adecuada integración del concepto de debido proceso.¹²⁰ Se requiere, en suma, que “un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”.¹²¹

¹¹⁸ *Cfr.* Caso Fermín Ramírez, sentencia del 18 de junio de 2005, párr. 78, y Caso del Tribunal Constitucional, sentencia del 31 de enero de 2001, párr. 68.

¹¹⁹ Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 123, y Caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 124. En igual sentido, Caso Yatama, sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 147; Caso Ivcher Bronstein, sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 102; Caso del Tribunal Constitucional..., *cit.*, nota anterior, párr. 69, y Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 27.

¹²⁰ *Cfr.* Caso Lori Berenson Mejía, sentencia de 25 de noviembre de 2004, y Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, párr. 24.

¹²¹ Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, *cit.*, nota 119, párr. 121; El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, Opinión

30. En mi voto concurrente a la Opinión Consultiva OC-16/99,¹²² que exploró nuevos extremos del debido proceso, expuse que los derechos y garantías que integran éste son parte de un sistema dinámico, en constante formación. Constituyen “piezas necesarias de éste; si desaparecen o menguan, no hay debido proceso. Por ende, se trata de partes indispensables de un conjunto; cada una es indispensable para que éste exista y subsista”. En ese mismo voto examiné la función del debido proceso para la obtención de una sentencia válida y justa:

Considerar que es suficiente con lograr un resultado supuestamente justo, es decir, una sentencia conforme a la conducta realizada por el sujeto, para que se convalide la forma de obtenerla, equivale a recuperar la idea de que “el fin justifica los medios” y la licitud del resultado depura la ilicitud del procedimiento. Hoy día se ha invertido la fórmula: “la legitimidad de los medios justifica el fin alcanzado”.

31. La jurisprudencia ha atribuido carácter “expansivo” a las garantías previstas en el artículo 8.2, CADH, con el evidente propósito de ampliar la tutela judicial en todos los supuestos:

A pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, las garantías establecidas en el numeral 2 del mismo precepto se aplican también a esos órdenes.¹²³

He aquí un caso manifiesto de interpretación extensiva *pro homine*, con alcance general. Para estos fines se ha puesto énfasis particular en el enjuici-

Consultiva OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, párr. 117, y Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros, sentencia de 21 de junio de 2002, párr. 146.

¹²² Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la OC-16/99 sobre El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, párrafo 2 del voto.

¹²³ Caso Ivcher Bronstein, sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 103; Caso del Tribunal Constitucional..., *cit.*, nota 118, párr. 70, y Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990, párr. 28.

ciamiento administrativo. Éste culmina en sanciones que constituyen, con las penales, “una expresión del poder punitivo del Estado”.¹²⁴

32. El debido proceso tiene progresión histórica: nuevos requerimientos agregan nuevos elementos que pasan a integrarse en aquel concepto. Es así que:

El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales”.¹²⁵ En el mismo voto razonado al que antes aludí, relativo a la Opinión Consultiva OC-16,¹²⁶ manifesté que “el proceso penal —entendido en amplio sentido, que también comprende todas las actividades persecutorias públicas previas al conocimiento judicial de una imputación— no ha permanecido estático a lo largo del tiempo. A los derechos elementales de la primera etapa se han sumado nuevos derechos y garantías. Lo que conocemos como el ‘debido proceso penal’, columna vertebral de la persecución del delito, es el resultado de esta larga marcha, alimentada por la ley, la jurisprudencia —entre ella, la progresiva jurisprudencia estadounidense— y la doctrina. Esto ha ocurrido en el plano nacional, pero también en el orden internacional.

La Opinión Consultiva 16 se sustenta en “la admisión expresa de esta evolución, y por ello recoge lo que pudiera denominarse la ‘frontera actual’ del procedimiento, que ciertamente va más allá de los linderos trazados anteriormente”.¹²⁷

33. El tribunal internacional debe realizar una compleja valoración del caso concreto para apreciar la inobservancia del debido proceso conforme a la CADH. Esto tiene implicaciones en cuanto al alcance de la revisión y a las pruebas eficaces. Por lo que toca al primer extremo, el “esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obliga-

¹²⁴ Caso Baena Ricardo..., *cit.*, nota 119, párr. 106.

¹²⁵ Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, *cit.*, nota 119, párr. 121; Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/O2, *cit.*, nota 28, párr. 115, y El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, Opinión Consultiva OC-16/99, *cit.*, nota 121, párr. 117.

¹²⁶ *Cfr. supra* nota 122.

¹²⁷ Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la OC-16/99, *cit.*, nota 121, p. 1 del voto.

ciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que la corte deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos”.¹²⁸ “La función del tribunal internacional es determinar si la integralidad del procedimiento, inclusive la incorporación de prueba, se ajustó a la Convención”.¹²⁹

34. En cuanto a los elementos probatorios indispensables para la decisión del órgano internacional, la corte ha puntualizado que a la hora de apreciar la existencia del debido proceso a la luz de la CADH debe tener a la vista pruebas específicas que lo acrediten o desvirtúen; no bastan los patrones generales de comportamiento.¹³⁰ Si bien el tribuna “frecuentemente ha utilizado la existencia de patrones o prácticas de conductas, (en) el caso del artículo 8 de la Convención Americana... requiere una información individualizada de las presuntas víctimas y de las circunstancias de su tratamiento ante los tribunales locales, de la que la Corte carece”.¹³¹

¹²⁸ Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 109; Caso de la Comunidad Moiwana, sentencia de 5 de junio de 2005, párr. 143; Caso de las Hermanas Serrano Cruz, sentencia de 1 de marzo de 2005, párr. 57; Caso Lori Berenson Mejía, sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 133; Caso 19 Comerciantes, sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 182; Caso Herrera Ulloa, sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 146; Caso Myrna Mack Chang, sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 200; Caso Juan Humberto Sánchez, sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 120; Caso Bámaca Velásquez, sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 188, y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 222.

¹²⁹ Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, *cit.*, nota anterior, párr. 109; Caso Lori Berenson Mejía, *cit.*, nota anterior, párr. 133; Caso Juan Humberto Sánchez, *cit.*, nota anterior, párr. 120; Caso Bámaca Velásquez, *cit.*, nota anterior, párr. 189, y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), *cit.*, nota anterior, párr. 222.

¹³⁰ *Cfr.* Caso “Instituto de Reeducción del Menor”, sentencia de 2 de septiembre de 2004, párrs. 217 y 233.

¹³¹ Caso “Instituto de Reeducción del Menor”, *cit.*, nota anterior, párr. 217.



EJERCICIOS

1. Explique brevemente el significado de cada uno de los siguientes principios:

<i>Nullum crime sine lege</i>	
<i>Nulla poena sine lege</i>	
<i>Non bis in idem</i>	
Presunción de inocencia	

2. Explique a qué se refiere la independencia de un tribunal.

3. ¿Por qué es violatorio del debido proceso el uso de sistemas judiciales secretos o sin rostro?

4. De acuerdo con la lectura de Agustina del Campo, ¿desde cuándo debe empezarse a computarse el plazo razonable en un proceso?

5. Explique brevemente por qué en el caso *López Álvarez vs. Honduras* se violó el principio de plazo razonable.

6. Relacione las siguientes columnas con los conceptos que correspondan a cada definición.

1) Sostiene que es necesario distinguir entre la actividad que es ejercida con reflexión y cautela justificables y la que es desempeñada con excesiva parsimonia, exasperante lentitud o exceso de ritual.	<input type="checkbox"/> Complejidad en la materia
2) Al analizar este elemento, deben explorarse las circunstancias <i>de jure</i> y <i>de facto</i> del caso.	<input type="checkbox"/> Situación jurídica del individuo
3) Dentro del estudio de este elemento deben considerarse tanto la actividad dentro del procedimiento como la conducta, ya sea omisiva o activa.	<input type="checkbox"/> Conducta de los tribunales
4) También llamada <i>afectación actual</i> que el procedimiento implica para los derechos y deberes, se refiere a la incidencia por parte de la persona interesada.	<input type="checkbox"/> Conducta de la parte interesada

7. ¿En qué consiste el derecho a apelar ante una instancia superior?

8. Mencione una hipótesis en la cual los derechos del debido proceso pueden ser suspendidos o limitados.

9. Explique por qué para Sergio García Ramírez el artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos constituye una disposición del debido proceso.

10. Explique brevemente por qué la prisión preventiva adquiere un matiz distinto en el ámbito del derecho penal internacional en relación con el de los derechos humanos.



AUTOEVALUACIÓN

1. Se conforma por disposiciones que garantizan las protecciones sustantivas y procesales fundamentales para la determinación de acusaciones principalmente de carácter penal:
 - a) Debido proceso
 - b) Interés superior del niño
 - c) Juicio justo
 - d) Plazo razonable

2. Principio que protege los derechos de las personas a no ser sometidas a un nuevo juicio por la misma causa y por hechos específicos por los que ya han sido juzgadas:
 - a) *Nullum crime sine lege*
 - b) *Nulla poena sine lege*
 - c) *Non bis in idem*
 - d) Responsabilidad penal internacional

3. Este principio se refiere a que un tribunal debe ser autónomo de otras ramas del gobierno y estar libre de influencias, amenazas o interferencias de cualquier origen o razón:
 - a) Imparcialidad judicial
 - b) Independencia judicial
 - c) Arbitrariedad judicial
 - d) Aquiescencia judicial

4. Un tribunal militar puede constituirse en uno imparcial cuando:

- a) Procese a militares por delitos del orden común
- b) Procese a civiles por delitos del orden militar
- c) Procese a militares por delitos realmente relacionados con la disciplina militar
- d) Procese a civiles y militares por delitos relacionados con la disciplina militar

5. Este concepto debe apreciarse en relación con la duración total del procedimiento penal que se desarrolla en contra de una persona imputada, hasta que se dicta sentencia definitiva, ya que es en este momento cuando concluye el ejercicio de la jurisdicción de conocimiento:

- a) Imparcialidad judicial
- b) Plazo razonable
- c) Debido proceso
- d) Plazo justificable

6. Los siguientes son elementos constitutivos del plazo razonable:

- a) Imparcialidad de la o el juez, complejidad en la materia, conducta de la parte interesada, situación jurídica del individuo
- b) Facilidad en la materia, conducta de la parte interesada, situación jurídica del individuo, conducta de los tribunales
- c) Complejidad en la materia, conducta de la parte interesada, situación jurídica de la o el agresor, conducta de los tribunales
- d) Complejidad en la materia, conducta de la parte interesada, situación jurídica del individuo, conducta de los tribunales

7. Este derecho requiere que todas las personas arrestadas, detenidas o encarceladas dispongan de oportunidades y de facilidades adecuadas para ser visitadas, y para comunicarse y consultar a su abogada o abogado sin demora, intercepción o censura y con toda confidencialidad:

- a) Derecho a notificación previa
- b) Derecho a apelar
- c) Derecho al tiempo y medios adecuados para la preparación de la sentencia
- d) Derechos a defenderse personalmente o mediante una o un abogado

8. Es uno de los elementos del debido proceso que puede suspenderse por motivos específicos:

- a) Imparcialidad de la o el juez
- b) Publicidad de la audiencia
- c) Derecho a apelar
- d) Derecho a defenderse personalmente

9. Según Sergio García Ramírez, éstos son algunos artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagran elementos del debido proceso:

- a) 1º, 32º y 23
- b) 2º, 5º y 7º
- c) 4º, 5º y 7º
- d) 1º, 2º y 5º

10. De acuerdo con el derecho penal internacional, este principio se presenta con una particular complicación debido a que no establece sanciones específicas puesto que funciona de manera subsidiaria al derecho interno de cada Estado:

- a) *Nullum crime sine lege*
- b) *Nulla poena sine lege*
- c) *Non bis in idem*
- d) Responsabilidad penal internacional

CURSO VI.

Derechos humanos de las personas con discapacidad

OBJETIVO ESPECÍFICO

- Que las y los miembros del Servicio Profesional en Derechos Humanos cuenten con las herramientas necesarias para realizar la adecuada defensa, promoción y estudio de los derechos de las personas con discapacidad con apego a los más altos estándares internacionales.



SÍNTESIS

Existen dos instrumentos internacionales en materia de protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad: por un lado, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y por otro, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIETFDPD); ésta última de carácter regional en el continente americano.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue adoptada mediante la Resolución 61/106, por la Asamblea General de la ONU durante el sexagésimo primer periodo de sesiones, y entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

Esta Convención define conceptos esenciales como:

- *Personas con discapacidad.* Son "aquéllas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedirles su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás" (CDPD, artículo 1, p. 575).
- *Discriminación por motivos de discapacidad.* Es "cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo" (CDPD, artículo 2, pp. 575 y 576).
- *Ajustes razonables.* Se refiere a las "modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condi-

ciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales" (CDPD, artículo 2, p. 576).

- *Diseño universal*. Es el "diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado".

Cuenta con principios generales, entre los que destacan:

- a) El respeto a la dignidad inherente y a la autonomía individual
- b) La no discriminación
- c) La participación e inclusión plena
- d) El respeto por la diferencia
- e) La igualdad de oportunidades
- f) La accesibilidad

Dicha Convención impone obligaciones a los Estados Parte para que adopten medidas legislativas, administrativas y judiciales que permitan hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad. Asimismo, los Estados Parte se comprometen a abstenerse de realizar actos o prácticas que sean incompatibles con la Convención, y a promover la investigación y el desarrollo de nuevas tecnologías, así como la capacitación y formación de personas y de profesionales que trabajen con personas con discapacidad.

Entre los principales derechos que consagra la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se encuentran los siguientes:

1. *Derecho a la igualdad y no discriminación*. Todas las personas son iguales ante la ley. Queda prohibido todo tipo de discriminación por motivos de discapacidad.
2. *Derecho a la accesibilidad*. Los Estados Parte deberán adoptar medidas que posibiliten asegurar el acceso de las personas con discapacidad al entorno físico, transporte, información y comunicaciones, así como a los edificios, vías públicas, servicios electrónicos y de emergencia (CDPD, artículo 9, p. 579).
3. *Derecho a la vida*. Reafirma el derecho inherente a la vida que tienen todos los seres humanos (CDPD, artículo 10, p. 580).
4. *Acceso a la justicia*. Se asegurará que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones y se capacitará de manera adecuada a las personas que trabajen en la administración de justicia dentro de los Estados Parte (CDPD, artículo 13, p. 581).
5. *Protección contra la tortura, la explotación, la violencia y el abuso*.
6. *Derecho a la independencia y a la inclusión*. Reconoce la posibilidad de vivir en igualdad de circunstancias dentro de la comunidad. Abarca la oportunidad de elegir su lugar de residencia, dónde y con quién vivir, así como tener acceso a diversos servicios de asistencia domiciliaria, residencial y de apoyo a la comunidad (CDPD, artículo 19, p. 583).
7. *Derecho a la movilidad personal*. Asegura a las personas con discapacidad la posibilidad de trasladarse con independencia en la forma y en el momento que deseen a un costo asequible. Incluye el acceso a formas de asistencia humana o animal e intermediarios, así como a tecnologías de apoyo y personal especializado (CDPD, artículo 20, p. 584).

8. *Derecho a la educación.* Refiere que la educación tendrá como objetivo el desarrollo pleno del potencial humano, de la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad. Pretende que dichas personas no queden excluidas del sistema general de educación y accedan a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita. Se busca facilitar el aprendizaje del sistema Braille y de la lengua de señas.
9. *Derecho a la salud.* Señala que se proporcionarán programas y atención de la salud gratuitos o a precios accesibles a las personas con discapacidad. Los servicios de salud deberán incluir la pronta detección e intervención con el fin de prevenir y de reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades. Se prohíbe la negación a los servicios de salud por motivos discriminatorios.
10. *Derecho al trabajo.* Establece el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado, en condiciones justas y favorables y de manera equitativa. Se asegurará el ejercicio de los derechos laborales y sindicales de las personas con discapacidad.
11. *Derecho a la participación en la vida política y pública.* Asegura que dicha participación sea accesible y en igualdad de condiciones, con procedimientos, instalaciones y materiales electorales adecuados y fáciles de entender y utilizar. Garantiza el voto libre y secreto; así como a postularse efectivamente como candidatas o candidatos para desempeñar funciones públicas.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad cuenta con un protocolo facultativo que establece la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de violaciones de alguna de las disposiciones de dicha Convención por un Estado Parte.

Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad

La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIETFDPD) fue adoptada en la ciudad de Guatemala durante el vigésimo noveno periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos del 7 de junio de 1999 y entró en vigor el 14 de septiembre de 2001.

Por esta Convención la discapacidad es entendida como una deficiencia física, mental o sensorial, de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, la cual puede ser causada o agravada por el entorno económico-social.

La discriminación contra las personas con discapacidad es toda aquella distinción, exclusión o restricción que está basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, y tiene el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de las personas con esta condición, de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Sin embargo, esta Convención también reconoce que la distinción hecha por algún Estado Parte que tenga como objetivo promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad no constituye un acto de discriminación (CIETFDPD, artículo 1, numeral 2, p. 603).

Para lograr los objetivos de la Convención, ésta impone obligaciones a los Estados Parte, como los de adoptar medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole con el fin de eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración de las autoridades gubernamentales para lograr que los edificios, vehículos e instalaciones faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con discapacidad.

Esta Convención estableció la conformación un Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad para darle seguimiento a los compromisos adoptados por los Estados Parte. Dicho Comité se integra por un representante designado por cada Estado Parte. Cada cuatro años los Estados Parte deberán remitir un informe, en el cual establezcan las medidas adoptadas en la aplicación de esta Convención, así como indiquen el progreso que hayan alcanzado en la eliminación de todas las formas de discriminación.

Un nuevo paradigma

La adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad representa un cambio de paradigma en materia de discapacidad; no obstante, es importante analizar los elementos que permiten llegar a tal conclusión.

Con anterioridad a dicha Convención existían instrumentos internacionales, que aunque no eran vinculantes, marcaban una pauta o un estándar internacional en materia de discapacidad; sin embargo, la adopción de la Convención supone el avance e incorporación de un derecho modelo a un derecho vinculante. Tal vez este sea el cambio de paradigma más importante en materia de discapacidad (Courtis, p. 552).

Otro aspecto importante en cuanto al cambio de paradigma en materia de discapacidad es, sin duda, la evolución de los instrumentos internacionales, ya que los adoptados durante los años setenta mantenían un tono paternalista o asistencialista, y fue con el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad –aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución 37/52 el 3 de diciembre de 1982–, cuando comienzan a sentarse los ideales de una plena inclusión social, vida independiente y erradicación de las barreras a la participación de este sector de la población.

En este sentido, la CDPD sigue la orientación marcada por el Plan de Acción Mundial y a las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, debido a las siguientes razones (Courtis, pp. 553 y 554):

- a) La misma Convención reconoce como antecedentes al Plan de Acción Mundial y a las Normas Uniformes.
- b) Mantiene un cierto compromiso entre el modelo médico, al hablar de deficiencias, y un modelo social al referirse a las barreras de participación efectiva en la sociedad.
- c) Ambos instrumentos enmarcan el objetivo al acceso de las personas con discapacidad a diversas esferas sociales.
- d) Retoma la participación de las organizaciones de personas con discapacidad en la propuesta, discusión, adopción y fiscalización de las decisiones y medidas que les conciernen.

Sin embargo, la Convención incorpora también elementos importantes e innovadores con respecto a otros instrumentos internacionales anteriores como los que se enuncian a continuación (Courtis, pp. 554 y 555):

- El reconocimiento a derechos de manera más consistente, ya que en instrumentos precedentes únicamente existían referencias aisladas a éstos y sólo se planteaban metas y objetivos.
- El énfasis en el valor de la autonomía y de la vida independiente de las personas con discapacidad.
- El reconocimiento de la diversidad de las personas con discapacidad, la cual puede verse desde diferentes aristas; por un lado supone el valor a la diversidad aportada por las personas con discapacidad a la sociedad, y por otro, reconoce la diversidad de las distintas discapacidades y las diferentes condiciones sociales como el género, la niñez, la pobreza, etcétera.
- El señalamiento de necesidades especiales para protección a personas con discapacidad en situaciones especiales de vulnerabilidad como la pobreza, la exclusión social, la interdicción de derechos, etcétera.

Al realizar una comparación con otros instrumentos internacionales del sistema universal de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se observa que la Convención establece un listado de derechos que incluye el ejercicio de libertades así como el acceso a prestaciones y beneficios, y no distingue entre unos y otros, de modo que los derechos a la accesibilidad y a la inclusión social que ésta incorpora no encuadran claramente en la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales (Courtis, p. 556).

Christian Courtis también realiza una comparación entre la Convención y otros instrumentos internacionales que buscan proteger los derechos de un colectivo en específico como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias, y señala que la Convención no únicamente adopta el modelo clásico antidiscriminatorio que reflejan los tratados mencionados, sino que va más allá al identificar en el listado de derechos reconocidos universalmente, situaciones en las que la discriminación contra las personas con discapacidad fue o sigue siendo notoria (Courtis, pp. 557-559).

Del mismo modo, la Convención recoge aspectos importantes de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ya que reconoce situaciones de vulnerabilidad, obstáculos de hecho y falta de igualdad efectiva, e impone al Estado la obligación de adoptar medidas de protección especial al colectivo que se encuentre en situación de vulnerabilidad. Es así como el Estado debe de identificar dentro del colectivo, cuyos derechos consagra la Convención, aquellos subgrupos particularmente expuestos a la potenciación de la vulnerabilidad y debe ajustar la satisfacción de derechos a necesidades específicas de las personas a quienes se les reconocen diferencias con respecto a un parámetro estadístico mayoritario (Courtis, pp. 559 y 560).

Al igual que la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la CDPD impone al Estado que adopte medidas de acción afirmativa o positiva tendientes a modificar el *status quo* existente. Es decir, el Estado debe erradicar todo tipo de prejuicios y estereotipos que arraiguen y reproduzcan la discriminación no solamente entre agentes públicos, sino entre agentes privados (Courtis, p. 561).

Sin embargo, la mayor innovación que fija la Convención es el establecimiento de un modelo que se caracteriza por ordenar la transformación de entornos, instalaciones, bienes y servicios para que sean accesibles e incluyentes. Así, se abre paso al paradigma de la accesibilidad y del diseño universal, que se traduce jurídicamente en la obligación estatal de adoptar medidas para la modificación del entorno físico y comunicativo ya existente, y de los patrones de su producción hacia el futuro.

Así, la Convención profundiza en un modelo antidiscriminatorio complejo, en el que se superponen distintas concepciones acerca de la igualdad y de la discriminación. Dicho modelo refiere varios niveles, entre ellos (Courtis, p. 562):

- *1^{er} nivel*. Es aquel que está vinculado con la protección contra abusos, violencia o explotación basada en la condición de discapacidad.
- *2^{do} nivel*. Es el que está ligado con el aseguramiento de la igualdad de trato en aquellos casos en los que la discapacidad constituye un factor de diferenciación.
- *3^{er} nivel*. Está relacionado con el aseguramiento de igualdad de oportunidades que puede darse únicamente mediante el reconocimiento de la diversidad y de las necesidades especiales de las personas con discapacidad y la erradicación de las barreras físicas y comunicacionales que tienen el efecto de impedir a las personas con discapacidad el pleno ejercicio de sus derechos.

Hacia una correcta aplicación

Sin duda la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad abre una brecha importante en materia del reconocimiento y protección a los derechos humanos de las personas con discapacidad. Sin embargo, es una realidad que existen dificultades conceptuales que impiden la correcta y más amplia aplicación de la Convención en nuestro país. A manera de resumen se pueden mencionar algunas de estas:

1. Mientras no se aclare concluyentemente la jerarquía constitucional de los tratados internacionales en México, será difícil que las y los jueces mexicanos apliquen directamente la Convención.
2. La legislación federal y gran parte de la legislación estatal en la materia no están en línea ni con el modelo, ni con los mandatos establecidos en la Convención (Courtis, p. 564). No es suficiente con que México haga suya formalmente una norma internacional, también se requiere que, a partir de su aceptación, se modifiquen las normas legales y los diseños de la política pública para hacer valer las protecciones y políticas de promociones que señala la Convención (Rincón Gallardo, p. 568).
3. Es necesario superar la doctrina según la cual los derechos sociales son derechos de carácter programático y están dirigidos a habilitar la actividad de las autoridades políticas, pero no a

conceder un título para reclamar ante las y los jueces por la inactividad o el defectuoso cumplimiento por parte de esas autoridades (Courtis, p. 565).

4. Es importante eliminar el anacronismo y los inadecuados mecanismos procesales de protección de los derechos fundamentales, particularmente del juicio de amparo se deben suprimir los efectos perniciosos de la fórmula Otero en materia de legitimación para interponer el amparo, y debe estudiarse el efecto relativo a la sentencia, puesto que resultaría absurdo que una orden judicial ordenara hacer accesible un edificio sólo para quien interpuso el amparo, y no para el resto de las personas con movilidad (Courtis, p. 565).

Finalmente, la lucha contra la discriminación no es tarea exclusiva de una institución, es una obligación constitucionalmente establecida en todas las instituciones mexicanas (Rincón Gallardo, pp. 569 y 570). Pero hasta que no exista alguna coordinación con la cual las instancias federales supervisen y promuevan el cumplimiento de los compromisos internacionales adoptados por México entre las autoridades de las entidades federativas, la Convención tendrá pocas posibilidades de impactar realmente la vida y los derechos de las personas con discapacidad (Courtis, p. 566). Sin duda, es necesaria una acción del Estado suficientemente sólida para que, al cabo de pocos años, ese casi 10% de la población que vive con discapacidad pueda gozar de los derechos y de las oportunidades que le corresponden (Rincón Gallardo, p. 569).



MATERIAL DE ESTUDIO

Bibliografía obligatoria

COURTIS, CHRISTIAN, "La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ¿Ante un nuevo paradigma de protección?", en *Los derechos de las personas con discapacidad*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Comisión Europea/Secretaría de Relaciones Exteriores/Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2006, pp. 71-86.

RINCÓN GALLARDO, GILBERTO, "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. México", en *Los derechos de las personas con discapacidad*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Comisión Europea/Secretaría de Relaciones Exteriores/Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2006, pp. 33-35.

Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo, Nueva York, ONU, 2006.

Organización de los Estados Americanos, Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Guatemala, OEA, 1999.

LECTURA 1

Tomada de: Christian Courtis, "La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ¿Ante un nuevo paradigma de protección?", en *Los derechos de las personas con discapacidad*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Comisión Europea/Secretaría de Relaciones Exteriores/Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2006, pp. 71-86.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. ¿Ante un nuevo paradigma de protección?

Christian Courtis*

Estas breves reflexiones se proponen contestar la pregunta del panel al que fui convocado, es decir: ¿constituye la recientemente adoptada Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad un nuevo paradigma en materia de reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad? Paso a exponer algunos argumentos al respecto, que tal vez tengan alguna utilidad a la hora de entender la estructura y alcance de la Convención y —lo que es más importante— a la hora de aplicarla.

1. En primer término, cabe comenzar por lo obvio: el “cambio de paradigma” más evidente consiste en el paso de una serie de instrumentos internacionales no obligatorios, o instrumentos de *soft law* —como el “Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad”,¹ las “Directrices de Tallinn para el Desarrollo de los Recursos Humanos en la Esfera de los Impedidos”,² las “Directrices para el Establecimiento y Desarrollo de Comités Nacionales de Coordinación en la Esfera de la Discapacidad u Órganos Análogos”,³ los “Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Salud Mental”⁴ y las “Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad”,⁵ entre otros—, por un tratado internacional, obligatorio para las naciones que lo ratifiquen y con mecanismos obligatorios de supervisión. No se trata de que no existieran previamente normas o estándares internacionales en materia de discapacidad, pero la adopción de la Convención supone el paso del “derecho modelo” o de los “estándares interpretativos no vinculantes”, al derecho internacional vinculante, que se potencia en aquellos sistemas en los que el derecho internacional forma parte del derecho local.

2. En segundo término, cabe aclarar que la pregunta tiene mayor sentido si se dirige a la parte sustantiva de la Convención. Desde el punto de vista de los mecanismos de protección, la Convención ha adoptado sin mayores variaciones la solución de otras convenciones del sistema universal de

* Comisión Internacional de Juristas, Ginebra

¹ Aprobada por la Resolución 37/52 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1982.

² Aprobadas por la Resolución 44/70 de la Asamblea General el 15 de marzo de 1990.

³ Aprobadas por la Resolución 46/96 de la Asamblea General el 16 de diciembre de 1991.

⁴ Aprobadas por la Resolución 46/119 de la Asamblea General el 17 de diciembre de 1991.

⁵ Aprobadas por la Resolución 48/96 de la Asamblea General el 20 de diciembre de 1993.

protección de derechos humanos: la constitución de un Comité, al que se le asignan funciones tradicionales; la revisión de informes estatales periódicos, la posibilidad de escuchar peticiones individuales y de realizar investigaciones en caso de violaciones masivas, estas últimas dos a tenor del Protocolo Adicional también aprobado. Podría señalarse, ciertamente, alguna innovación en materia de obligaciones de producción de información (Art. 31), cooperación internacional (Art. 32) y de la obligación de previsión de organismos de seguimiento nacional (Art. 33), aunque estos rasgos también aparecían en instrumentos previos de *soft law*, como las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad. No me detendré aquí en esta cuestión.

3. En cuanto a la cuestión sustantiva, creo que al menos es útil efectuar dos ejercicios de comparación, a efectos de responder adecuadamente la pregunta. En primer lugar —para saber si nos encontramos frente a un instrumento novedoso en términos sustantivos—, cabe comparar la recientemente adoptada Convención con los instrumentos de *soft law* existentes hasta la fecha en materia de discapacidad. En segundo lugar, cabe comparar la Convención con el modelo que ofrecen otras convenciones internacionales en materia de derechos humanos. Creo que estas comparaciones permitirán arrojar alguna luz, en aras de contestar la pregunta que nos ocupa. A ellas dedicaré los próximos párrafos.

3.1 Comparemos, en primer lugar, la Convención con los instrumentos de *soft law* existentes hasta la fecha referidos a la discapacidad. Una dificultad metodológica que plantea esta comparación es que, de hecho, no hay completa homogeneidad entre los instrumentos de *soft law* adoptados. Esta dificultad se potencia porque —dada su naturaleza no vinculante— los instrumentos de *soft law* no se denuncian ni se “derogan”, de modo que instrumentos de distinto tenor, potencialmente en tensión, permanecen “vigentes” simultáneamente. En efecto, puede decirse que mientras los primeros instrumentos adoptados a comienzos de la década de los años 70 (como las llamadas, anacrónicamente, “Declaración de los Derechos del Retrasado Mental”,⁶ y “Declaración de los Derechos de los Impedidos”⁷) revisten un tono paternalista y asistencialista, es recién a partir de la adopción del ya mencionado Programa de Acción Mundial de 1982 cuando comienza a vislumbrarse un modelo en el que priman objetivos tales como la plena inclusión social, la vida independiente y la erradicación a las barreras a la participación. Cabe, de todos modos, señalar que el Programa de Acción Mundial y los instrumentos posteriores constituyen aún un compromiso conceptual entre el modelo social y el

⁶ Proclamada por la Asamblea General en su Resolución 2856 (xxvi), de 20 de diciembre de 1971.

⁷ Proclamada por la Asamblea General en su Resolución 3447 (xxx), de 9 de diciembre de 1975.

modelo médico de concepción de la discapacidad, de modo que siguen existiendo en esos instrumentos aproximaciones derivadas del modelo médico, que entiende a la discapacidad como desviación individual y negativa con respecto un parámetro de normalidad, y por ende ofrece una mirada inspirada en el modelo de la cura o reestabilización.⁸ En todo caso, el Programa de Acción Mundial, e instrumentos posteriores como las Normas Uniformes marcan un corte con respecto al modelo previo; de modo que, si se quiere hablar de cambio paradigmático, estos instrumentos efectuaron uno con respecto a los anteriores.

Dicho esto, la pregunta pertinente es cómo se compara la presente Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con los instrumentos de *soft law* desarrollados a partir del Programa de Acción Mundial de 1982. Pues bien, evaluada de manera general, la Convención no constituye una ruptura, sino un instrumento que mantiene la orientación marcada por el Plan de Acción Mundial y las Normas Uniformes. Pueden trazarse al respecto varias líneas de continuidad:

- ≠ En primer lugar —y aunque esto pueda parecer una simple formalidad— la propia Convención reconoce como antecedentes el Programa de Acción Mundial y las Normas Uniformes.⁹ Más significativo aún es que no se refiera a documentos previos, como la Declaración de los Derechos del Retardado Mental o la Declaración de los Derechos de los Impedidos, ni siquiera a guisa de antecedente.
- ≠ En segundo lugar, la concepción de “persona con discapacidad” adoptada por la Convención,¹⁰ sin innovar mayormente con respecto a los anteriores instrumentos mencionados, mantiene un cierto compromiso entre el modelo médico —se habla de “deficiencias”— y el modelo social —se habla de barreras a la participación efectiva en la sociedad—.
- ≠ En tercer lugar, tanto el diagnóstico como las soluciones normativas de la Convención son claramente tributarias del modelo social. Por un lado, la Convención señala el vínculo entre barreras sociales, exclusión y vulneración o limitaciones al pleno goce o ejercicio de derechos.¹¹ Por otro lado, instaura como finalidades, y operacionaliza

⁸ Ver, al respecto, BARNES, Colin; OLIVER, Mike y LEN Barton (eds.), *Disability Studies Today*, Polity Press, Oxford, 2002; LENNARD J. Davis, *Enforcing Normalcy: Disability, Deafness and the Body*, Verso, Londres, 1995; SILVERS, Anita, “Formal Justice”, en SILVERS, Anita; WASSERMAN, David y MAHOWALD, Mary B. *Disability, Difference, Discrimination. Perspectives on Justice in Bioethics and Public Policy*, Rowman & Littlefield, Lanham, Maryland, 1998, pp. 59-85. Puede verse una sucinta presentación en COURTIS, Christian, “Discapacidad e inclusión social”, en Revista Nexos Núm. 322, México, 2004, pp. 31-37.

⁹ Ver Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Preámbulo, inc. f.

¹⁰ *Ibidem*, inc. e, Art. 1, *in fine*.

¹¹ Ver Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Preámbulo, inc. k.

como obligaciones para los Estados, la eliminación de barreras, de modo de hacer posible el ejercicio de derechos y la participación efectiva de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad con los demás miembros de la sociedad.¹² De modo que la Convención, al igual que los instrumentos de *soft law* previos, subraya el objetivo del acceso de las personas con discapacidad a diversas esferas sociales, como el empleo, la educación, los servicios de salud, la actividad política, los entornos urbanos, la cultura y recreación. Esto incluye, claro está, tanto la eliminación de barreras existentes, como la imposición de obligaciones de accesibilidad y diseño universal y obligaciones de ajuste o acomodamiento hacia el futuro. En esta línea, la Convención pone énfasis en el acceso —y en la promoción del desarrollo— de tecnologías de asistencia.¹³

- ≠ Un cuarto elemento en el que puede percibirse cierta continuidad, en especial en relación con las Normas Uniformes, es el de participación de las organizaciones de personas con discapacidad en la propuesta, discusión, adopción y fiscalización de las decisiones y medidas que conciernan a las personas con discapacidad.¹⁴

Creo, con todo, que —amén de la distinta formulación y, en algunos casos, del mayor detalle de algunas de sus disposiciones en cuestiones ya incluidas en instrumentos de *soft law*— pueden señalarse nuevos énfasis en la Convención, abordados oblicuamente o poco considerados por aquellos instrumentos. Me apresuro a aclarar que no se trata de rasgos incompatibles con el modelo o paradigma inaugurado a partir del Programa de Acción Mundial, sino de una mayor puntualización de ciertos componentes. Entre ellos, apuntaría los siguientes:

- ≠ De manera general, una formulación que sin abandonar completamente el lenguaje de los “principios” y las “metas a alcanzar”, emplea de modo más decidido el lenguaje de los derechos. Mientras en instrumentos anteriores existían referencias aisladas a derechos, y el lenguaje empleado se inclinaba más bien por el de fijar metas y objetivos a los Estados, el texto de la Convención —que es un tratado de derechos humanos, y por ende consagra derechos para las personas— ha optado por reconocer derechos de manera más consistente.¹⁵

¹² Ver, por ejemplo, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Preámbulo, incs. e, i, o, v, y; Arts. 1; 2 (que estipula definiciones claramente inspiradas en el modelo social, como la de “ajuste razonable”), 3 c, d, e, f; 4.1 e, f, g, h, i; 8; 9; 13; 14.2; 19; 20; 21; 24; 25; 26.1 b; 27 h, i; 28; 29; 30. La lista es meramente indicativa.

¹³ Ver Arts. 4.1 f, g, h; 8.2 d, e, f, g, h; 9 1; 9.2; 20 a, b, d; 21 a, b, c, d; 24.3; 26.3; 29 a.ii; 30.1 a, b.

¹⁴ Ver Preámbulo, inc. o; Arts. 4.3; 29.b.ii; 31.3.

¹⁵ En esto, la Convención contrasta con el lenguaje mucho más tibio de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las

- ≠ El énfasis en el valor de la autonomía y vida independiente de las personas con discapacidad.¹⁶ Destaca, por ejemplo, la formulación clara y en términos de derechos de un “derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad” (Art. 19) hecha por primera vez en un instrumento internacional.
- ≠ Una articulación más explícita —aunque más compleja, y en ocasiones más intrincada— de los principios de igualdad de trato, de igualdad de oportunidades y de la prohibición de discriminación.¹⁷ Si bien estos elementos no estaban ausentes de instrumentos de *soft law* anteriores —basta recordar el nombre de las Normas Uniformes para la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad—, lo cierto es que esta perspectiva, que como veremos más adelante, se inscribe en una de las actuales tendencias de formulación de los tratados de derechos humanos. No ha sido esta la excepción, de modo que diversas manifestaciones de este complejo conceptual atraviesan el texto de la Convención.
- ≠ El reconocimiento de la diversidad de las personas con discapacidad.¹⁸ Este reconocimiento tiene manifestaciones diversas en la Convención: por un lado, se asume como valor la diversidad aportada por las personas con discapacidad a la sociedad; por otro lado, se destaca la diversidad de situaciones y exigencias dentro del colectivo de personas con discapacidad, y esto, aun, en dos niveles: entre distintas discapacidades, y entre distintas condiciones sociales, como el género, la niñez, la pobreza, la residencia en zonas rurales o la identidad indígena, en relación con la discapacidad.
- ≠ Un último componente importante en la Convención, que probablemente requiera mayor elaboración teórica para poder ser plenamente compatibilizado con el modelo social de la discapacidad, pero que también reconoce cierta raigambre en los tratados de derechos humanos existentes, está relacionado con el señalamiento de necesidades especiales de protección debidas a la mayor exposición de segmentos del colectivo de personas con discapacidad a situaciones

Personas con Discapacidad, en la que prima el lenguaje de las metas, las áreas de actuación y la ejemplificación de medidas a adoptar, sin que se reconozcan plenamente derechos en sentido estricto. Ver, al respecto, mi análisis crítico en COURTIS, Christian, “Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en MARTIN, Claudia; RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego y GUEVARA B. José A. (eds.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Fontamara, México, 2004, pp. 641-688, y la comparación en el apartado 3.2 *infra*.

¹⁶ Ver, por ejemplo, Preámbulo, inc. n; Arts. 3.a; 19; 20; 22; 25.c, d; 26.

¹⁷ Ver, por ejemplo, Preámbulo h, r, y; Arts. 1; 2; 3 b, e, g; 4.1 b, e; 5; 8; 10; 12.2; 13; 14.2; 15; 17; 18; 19 a, c; 21; 23; 24; 25; 27.1 a, b, c; 27.2; 28; 29; 30.

¹⁸ Ver Preámbulo, incs. i, m, p, q, r, s; Arts. 3 d, g, h; 6, 7; 16.5; 18.2; 23.1 c; 23.2; 23.3; 23.4; 23.5; 24.2; 24.3; 24.5; 25.b.

de vulnerabilidad, tales como la pobreza, la exclusión social, la interdicción de derechos, los conflictos armados y los desastres humanitarios, que agravan el riesgo de sufrir abusos.¹⁹ Si bien este señalamiento no resulta necesariamente incompatible con otros valores establecidos en la Convención —como la valoración de la autonomía e independencia de las personas con discapacidad—, lo cierto es que se requiere alguna forma de articulación entre ellos, a efectos de evitar posibles tensiones, por ejemplo, entre paternalismo y autonomía.

3.2 El otro eje importante de comparación es el ofrecido por los demás tratados del Sistema Universal de Derechos Humanos; aunque también haré alguna breve referencia a un instrumento regional, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, por tratarse del único instrumento convencional previo dedicado a la discapacidad en materia de derechos humanos.²⁰

Cabe, aquí, recoger varios criterios de comparación. En primer lugar, una pregunta pertinente es si la distinción entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por otro, es relevante para caracterizar a la Convención; de acuerdo, digamos, al eje de demarcación de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.²¹ La respuesta parece ser negativa, la Convención establece un listado de derechos que incluye el ejercicio de libertades, pero también el acceso a prestaciones y beneficios, y proyecta además sus consecuencias sobre la esfera privada, sin poner mayor énfasis en la distinción entre uno y otro tipo de derechos, y resaltando más bien las continuidades.²² Con todo, debe decirse que el Art. 4.2 mantiene la distinción de tratamiento de los derechos económicos, sociales y culturales, de acuerdo con la formulación del Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es decir, el principio de progresividad, y la adopción de

¹⁹ Ver, por ejemplo, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Preámbulo, incs. j, p, q, t, x; Arts. 11; 12.4; 14.2; 15; 16; 22; 23; 27.2; 28. Ver, en especial, Art. 16.

²⁰ Obvio aquí, por cuestiones de espacio, la comparación con el Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de alcance material mucho más acotado.

²¹ Sobre esta cuestión, remito a ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2ª edición, 2004. Cap. I; SEPÚLVEDA Carmona, Magdalena "La supuesta dicotomía entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la evolución de derecho internacional de los derechos humanos", en COURTIS, Christian; HAUSER, Denise y RODRÍGUEZ Huerta, Gabriela (comps.), *Protección Internacional de Derechos Humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005, pp. 277-318.

²² Ver, al respecto, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Preámbulo, inc. c.

medidas hasta el máximo de los recursos disponibles. Avanzando un poco en esa formulación, y recogiendo en parte la doctrina establecida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la cláusula reconoce, de todos modos, que existen obligaciones relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales que son aplicables de modo inmediato.²³

Un segundo comentario al respecto, que adelanto generará alguna perplejidad interpretativa, es el hecho de que la Convención contiene nuevas formulaciones de derechos como el derecho a la accesibilidad (Art. 9) y el derecho a vivir en forma independiente y a ser incluido en la comunidad (Art. 19), que no encuadran claramente en la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales; de modo que, en no pocos casos, no es fácil saber a qué derechos de la Convención será aplicable el Art. 4.2.

Más interesante aún es el hecho de que el Protocolo Adicional a la Convención no establece diferencias entre la justiciabilidad de unos y otros derechos en el terreno internacional; con lo que parece reforzarse la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, en general y en su aplicación a las personas con discapacidad.

Con todo, la comparación más relevante tiene que ver con el tipo de modelo adoptado con tratados internacionales posteriores, dedicados a la protección de los derechos de un colectivo específico, o bien al aseguramiento de la igualdad y no-discriminación en el reconocimiento, goce y ejercicio de derechos humanos. Surgen, así, como posibles términos de comparación, los modelos ofrecidos por la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, y la Convención para la Protección de los Trabajadores Migrantes y sus Familias. Cabe comenzar diciendo que la reconducción de estos instrumentos a un modelo conceptual determinado es un ejercicio de carácter heurístico, útil a efectos clasificatorios y de comprensión, pero difícilmente exhaustivo, porque al menos en los últimos tres tratados nombrados coexisten —aunque en distinta medida— rasgos que corresponden a modelos distintos. Aunque la cuestión requeriría una reflexión mucho más detenida, quiero sugerir aquí al menos algunas líneas de aproximación.²⁴

²³ Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Núm 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”, 1990, párs. 1 y ss.

²⁴ Sobre modelos conceptuales en materia de igualdad y no-discriminación, puede verse BARRÈRE Unzueta, María Ángeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997. “Problemas del Derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”, en Revista Vasca de Administración Pública, Núm. 60, mayo-agosto 2001, pp. 145-166. “Igualdad y ‘discriminación positiva’: un esbozo de análisis teórico-conceptual”, en GARCÍA Inda, Andrés

En primer lugar, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no se limita a adoptar el modelo clásico antidiscriminatorio, reflejado por la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, que prohíbe en general la discriminación en el reconocimiento, goce o ejercicio de todo derecho humano sobre la base de un factor determinado —en aquel caso, la raza—, y obliga al Estado a adoptar medidas para erradicar la práctica de la discriminación en las esferas pública y privada. De modo que, si bien la Convención contiene rasgos de este modelo,²⁵ no se agota en ellos.

En segundo lugar, puede afirmarse que los instrumentos posteriores se hacen cargo en mayor medida de la complejidad de las nociones de igualdad y de la prohibición de discriminación, y del tipo de medidas necesarias para asegurar la igualdad y erradicar la discriminación. Este reconocimiento conceptual se refleja, sin embargo, en una variedad de abordajes, que en ocasiones resulta difícil reconducir de manera directa a un modelo antidiscriminatorio, aunque pueden establecerse las conexiones pertinentes. Un primer ejemplo al respecto es el ofrecido por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: si bien el punto de vista normativo parece ser muy similar al de su antecesora en materia de discriminación racial, lo cierto es que el texto de esa Convención, bastante más compleja en su estructura, optó por la estrategia de identificar, en la lista de derechos ya reconocidos universalmente, una serie de áreas o situaciones en las que la discriminación contra la mujer constituía o constituye una práctica habitual, y las medidas a adoptar —o al menos la necesidad de adoptar medidas— para modificar esa situación.

y LOMBARDO, Emanuela (coords.), *Género y derechos humanos*, Mira Editores, Zaragoza, 2002, pp. 15-34. COURTIS, Christian "Legislación y políticas antidiscriminatorias en México: el inicio de un largo camino", en FONDEVILA, Gustavo (comp.), *Instituciones, legalidad y Estado de derecho. En el México de la transición democrática*, Fontamara, México, 2006, pp. 167-200. FISS, Owen "Grupos y la cláusula de la igual protección", en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 136-167. GARCÍA AÑÓN, José, "Derechos sociales e igualdad", en ABRAMOVICH, Víctor; AÑÓN, María José y COURTIS, Christian (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003, pp. 79-102. JIMÉNEZ Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 57-85. POST, Robert C. et al., *Prejudicial Appearances. The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2001. REY Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995. RODRÍGUEZ Piñero, Miguel y FERNÁNDEZ López, María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986. SABA, Roberto, "(Des)igualdad Estructural", en AMAYA, Jorge (ed.), *Visiones de la Constitución, 1853-2004*, UCES, Buenos Aires, 2004, pp. 479-514.

²⁵ La definición de "discriminación por motivos de discapacidad", contenida en el Art. 2 de la Convención, sigue la línea iniciada por la definición del Art. 1.1 de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, aunque, como veremos *infra*, agrega un elemento importante.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha seguido también, en gran medida, este modelo, de modo que parte de su texto efectúa un camino parecido: identifica, en el listado de derechos reconocidos universalmente, situaciones en las que la discriminación contra las personas con discapacidad fue o sigue siendo notoria, y medidas a adoptar para superar esa situación. Pero, nuevamente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tampoco se agota aquí.

Un tercer rasgo importante, que puede ser rastreado tanto en la Convención de los Derechos del Niño, en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y en la Convención para la Protección de los Trabajadores Migrantes, está dado por el reconocimiento de relaciones de potenciación entre las situaciones de vulnerabilidad, falta de igualdad efectiva y discriminación, o entre la situación de vulnerabilidad y la existencia de obstáculos de hecho para el pleno ejercicio en términos igualitarios de derechos reconocidos. La técnica normativa adoptada en estos casos ha sido —más que la de la llana prohibición de discriminación— la imposición de la obligación del Estado de adoptar medidas de protección especial al colectivo que se enfrente a situaciones de vulnerabilidad.

Ciertamente, no se trata del “núcleo duro” de la estrategia antidiscriminatoria, pero podría entenderse como una estrategia de prevención contra la discriminación. Como ya lo he señalado en el apartado anterior, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad también toma elementos ligados con esta concepción. Y profundiza una tendencia que ya aprecia reflejada tanto en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación para la Mujer, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Convención para la Protección de los Trabajadores Migrantes y sus Familias: la de identificar, dentro del colectivo cuyos derechos consagra la Convención, subgrupos particularmente expuestos a la potenciación de su situación de vulnerabilidad —por sumar o agregar varios factores de vulnerabilidad— y por ende susceptibles en mayor medida de sufrir discriminación, es lo que en ocasiones se denomina “discriminación múltiple”. La Convención impone al Estado obligaciones de protección especial de los miembros de estos subgrupos, como las mujeres con discapacidad, los niños con discapacidad, los adultos mayores con discapacidad, o las personas con discapacidad que son víctimas de conflictos bélicos o de desastres naturales.

Un cuarto elemento, tampoco exento de dificultades conceptuales, está dado por lo que podríamos denominar exigencias del reconocimiento del valor de la diversidad o diferencia como contenido específico del abordaje antidiscriminatorio. Este rubro incluiría el derecho a la consideración de necesidades especiales, o de diferencias específicas, o —visto desde el ángulo de las obligaciones estatales— el deber de ajustar la satisfacción de derechos a necesidades específicas de las personas a quienes se les reconocen diferencias con respecto a un parámetro estadístico

mayoritario o hegemónico. Este rasgo tampoco está ausente de algunos tratados anteriores. Así, por ejemplo, la preocupación por los derechos reproductivos y la maternidad aparece reflejada en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En alguna medida, la consideración del desarrollo gradual de la madurez y de la autonomía del niño generan un tratamiento de este tipo en la Convención sobre los Derechos del Niño.

El Art. 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y, en general, los instrumentos que reconocen derechos de minorías étnicas, lingüísticas, religiosas y culturales, entre ellos los derechos de los pueblos indígenas—como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)—también constituyen ejemplos de esta noción. Pues bien, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad abreva de modo especialmente importante en este modelo. Una lista no exhaustiva de ejemplos puede dar cuenta de ello: la Convención incluye el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad,²⁶ la meta de asegurar que las personas con discapacidad gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible,²⁷ la meta de incluir adaptaciones en el sistema educativo regular para asegurar la inclusión de las personas con discapacidad,²⁸ la consideración de las necesidades de habilitación, rehabilitación²⁹ y de salud³⁰ de las personas con discapacidad, el reconocimiento de la identidad cultural, de derechos lingüísticos y del derecho de obtener información en lenguas y formatos accesibles para las personas con discapacidades sensoriales,³¹ las adaptaciones necesarias en ejercicio del derecho al voto.³²

En general, esta prescripción es operacionalizada en la Convención a través de la noción de “ajuste razonable”,³³ que impone adaptar el medio—laboral, educativo, sanitario— a las exigencias y necesidades de las personas con discapacidad. También aquí es importante la idea de diversidad dentro del colectivo, ya que existen subgrupos con necesidades específicas. Y aún más: la noción de “ajuste razonable” supone la consideración de necesidades específicas individuales, más allá de que puedan reconducirse a rasgos grupales comunes.

Un último elemento sobre el cual quiero llamar la atención también está presente en otros tratados que asumen el ideal antidiscriminatorio, en particular la Convención Internacional para la Eliminación de Todas

²⁶ Artículo 19

²⁷ Artículo 20

²⁸ Artículos 24.1; 24.2.

²⁹ Artículo 26

³⁰ Artículo 25 b.

³¹ Artículos 21; 24.3; 24.4; 30.4.

³² Artículo 29 a.

³³ *Cfr.* la definición en Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Art. 2; ver también Arts. 5.3; 13.1, 14.2; 24.2 c; 27.1 i.

las Formas de Discriminación Racial, y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Se trata de la imposición al Estado de la adopción de medidas proactivas para modificar un *statu quo* que se considera alejado del deber ser que prescribe la Convención.³⁴ En general se ha identificado, correctamente, esta dimensión con las llamadas medidas de acción afirmativa o positiva.³⁵ Pero la concreción de este ideal de modificación de un *statu quo* existente e insatisfactorio no se agota en esas medidas. Ya en el contexto de los dos tratados antidiscriminatorios mencionados antes, se impone al Estado también la obligación proactiva de erradicar los prejuicios y estereotipos vigentes, que arraigan y reproducen la discriminación.³⁶ Es importante subrayar que este tipo de obligaciones impuestas al Estado se dirige no sólo, ni principalmente, a modificar los estereotipos y prejuicios vigentes entre los agentes públicos, sino fundamentalmente los vigentes en el ámbito del mercado y la sociedad civil, es decir, entre agentes privados. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad retoma y profundiza este componente.³⁷

Creo, sin embargo, que la innovación mayor que establece la Convención en este campo, en comparación con instrumentos convencionales anteriores, es un modelo caracterizado por el mandato de transformación de entornos, instalaciones, bienes y servicios accesibles e incluyentes. Se trata de lo que podría denominarse paradigma de la accesibilidad y del diseño universal, traducido jurídicamente en la obligación estatal de adoptar medidas de modificación del entorno físico y comunicativo del ya existente, y de los patrones de su producción hacia el futuro.³⁸ La imposición de obligaciones de ajuste razonable, adecuadas a las necesidades individuales de las personas con discapacidad, también puede verse a través de este prisma. Como dije antes, estas nociones ya están presentes en instrumentos no obligatorios relativos a la discapacidad, pero prácticamente no aparecen articulados de modo consistente en tratado alguno de derechos humanos del sistema universal. Cabe resaltar aquí que el objetivo fundamental de este modelo no se limita a su aplicación al Estado, al sector público, o agentes estatales: el deber estatal de imponer la accesibilidad se extiende a entornos, instalaciones, bienes y servicios privados.

³⁴ Ver Preámbulo, incs. k, p, q, t.

³⁵ Ver Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Art. 2.2; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Art. 4; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Art. 5.4.

³⁶ Ver Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Arts. 2.1 d, e, Art. 7; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Art. 5.

³⁷ Artículo 8.

³⁸ Ver Arts. 9 y 21. Preámbulo, incs. e, k, v; Arts. 24.3; 24.4; 29 a.i; 30.1; 30.5 c, d. Ver también las referencias ya efectuadas a la noción de "ajuste razonable".

Como balance, de lo dicho, podría afirmarse que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad profundiza en un modelo antidiscriminatorio complejo, en el que se superponen distintas concepciones acerca de la igualdad y de la discriminación.³⁹ Intentaré deslindar sucintamente algunos de los niveles que incorpora este modelo sin pretender, ni mucho menos, agotar la cuestión.

Un primer nivel está vinculado con la protección contra abusos, violencia o explotación basadas sobre la condición de discapacidad, o potenciadas por la suma de discapacidad y otros factores de vulnerabilidad.

Un segundo nivel está relacionado con el aseguramiento de la igualdad de trato en aquellos casos en los que la discapacidad constituye un factor de diferenciación en detrimento de las personas con discapacidad es decir, con el efecto de limitar, restringir o menoscabar derechos reconocidos universalmente.

Un tercer nivel está relacionado con el aseguramiento de igualdad de oportunidades, y esto parece abrir dos frentes distintos. El primero es el reconocimiento de la diversidad y de las necesidades especiales de las personas con discapacidad como condición para el goce de igualdad de oportunidades de modo que, en este sentido, la falta de consideración de estas diferencias, es decir, la homogenización excluyente a partir de parámetros mayoritarios o hegemónicos, constituiría una denegación de la igualdad de oportunidades y por ende, un caso de discriminación. Esta conclusión aparece explícitamente mencionada en la definición de “discriminación por motivos de discapacidad” incluida en el Art. 2 de la Convención.⁴⁰

El segundo es el reconocimiento de que el *statu quo* ha sido configurado de modo excluyente hacia las personas con discapacidad, y que la igualdad de oportunidades sólo puede obtenerse asegurando la erradicación de barreras físicas y comunicacionales que tienen el efecto de impedir a las personas con discapacidad el pleno ejercicio de derechos reconocidos universalmente. Es decir, de acuerdo a esta noción, el mantenimiento del *statu quo* o —visto de modo complementario— el incumplimiento de obligaciones de tornar accesibles entornos y de comenzar a producir entornos accesibles hacia el futuro, constituiría una forma de discriminación. Esta última conclusión, sin embargo, no aparece de manera explícita en la Convención, aunque creo que puede reconstruirse si se tiene en cuenta el tenor del Art. 9. En efecto, dicho artículo establece un nexo directo entre la plena participación en todos los aspectos de la vida y la accesibilidad:

³⁹ Ver la definición de “discriminación por motivo de discapacidad” contenida en el Art. 2, y en especial Art. 5. Pero toda la Convención subraya el goce de derechos en condiciones de igualdad con las demás personas.

⁴⁰ Art. 2, párrafo 3, *in fine*: “Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”. El énfasis es mío. Ver también Art. 5.3: “A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables”.

A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, al transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a:

- a. Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo;
- b. Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia.⁴¹

Creo, por mi parte, que la limitación de las fórmulas incluidas en la definición de “discriminación por motivos de discapacidad” y en el Art. 5.3 a los ajustes razonables, sin mención del cumplimiento de obligaciones de accesibilidad, ha pecado de estrecha, tal vez por falta de claridad conceptual para diferenciar entre obligaciones de accesibilidad y diseño universal, que son de carácter genérico, y obligaciones de ajuste razonable, que son de carácter individual. Ello no impide llegar a la misma conclusión por vía interpretativa, ya que la Convención ofrece suficientes elementos para ello.

Para finalizar esta sección, dedicaré unas líneas a comparar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con un instrumento regional previo, la Convención Interamericana para Eliminar Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. He de decir que, aun reconociendo el carácter pionero de la Convención Interamericana, su contenido es claramente superado por la recientemente adoptada Convención. La Convención Interamericana tiene un carácter híbrido: mientras declara ser un instrumento antidiscriminatorio, poco avanza en ese sentido, más allá de adoptar una definición al respecto. Se trata de un instrumento que señala simplemente objetivos generales y medidas ilustrativas que el Estado debe adoptar, sin especificar obligaciones

⁴¹ *Cfr.* Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Art. 9.1. Igualmente importantes al respecto son las obligaciones impuestas al Estado por el Art. 9.2, que incluye “[d]esarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público” (inc.) y “[a]segurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad” (inciso b).

claras, y mucho menos reconocer derechos. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es mucho más rica, detallada y abarcadora, e identifica con mayor claridad derechos de las personas con discapacidad y obligaciones del Estado. Cuenta además, a partir del Protocolo Adicional, de un mecanismo de justiciabilidad internacional del que carece la Convención Interamericana. A tenor del principio *pro homine* habrá de estarse, entonces, en caso de ratificación conjunta de ambos instrumentos por el mismo Estado, por la aplicación de la Convención internacional, salvo prueba de mejor protección de la regional para alguna hipótesis concreta.⁴²

4. Para terminar este trabajo, quisiera mencionar algunas dificultades conceptuales con las que se enfrentará la aplicación local de la Convención en México, abogando por una pronta modificación de los criterios vigentes en esos campos, si se pretende que la Convención —que, en el ámbito internacional contó con el decidido impulso de las autoridades mexicanas— tenga efectos reales sobre los derechos y sobre la inclusión social de las personas con discapacidad al nivel doméstico. Me limito a consignar algunas dificultades, sin mayor espacio para abundar sobre ellas.

En primer lugar, hasta que no se aclare concluyentemente la jerarquía constitucional de los tratados en México, en especial con respecto a la ley federal, será difícil que los jueces mexicanos apliquen directamente la Convención. Más allá de la cuestión técnica de la jerarquía normativa de los tratados internacionales, la aplicación doméstica de la Convención tendrá pocas perspectivas en la medida en que las judicaturas federal y local no reciban un entrenamiento específico relativo a la aplicación doméstica de los tratados internacionales de derechos humanos. Queda en este campo mucho trabajo por hacer en México.

En segundo lugar, la legislación federal y gran parte de la legislación estatal en la materia no están en línea ni con el modelo, ni con los mandatos establecidos en la Convención. La Ley General de las Personas con Discapacidad, y la inmensa mayoría de sus equivalentes estatales, siguen un modelo asistencialista, paternalista, que vincula la discapacidad con problemas de salud y que ha escatimado la imposición de obligaciones a agentes estatales y privados en materia de accesibilidad, diseño universal, inclusión social y vida independiente. Amén de no imponer obligaciones claras a agentes públicos y privados, tampoco ofrece a los supuestos beneficiarios de la ley —las personas con discapacidad— mecanismos de reclamo por el incumplimiento de los principios, metas u obligaciones fijadas en la ley.

⁴² Sobre el principio *pro homine*, ver PINTO, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios hermenéuticos y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto-CELS, Buenos Aires, 1997, pp. 163-171.

La concreción de obligaciones y su cumplimiento quedan libradas a la discrecionalidad de las autoridades políticas. Urge, por ende, una importante modificación legislativa para cumplir con los deberes impuestos por la Convención.

En tercer lugar, mientras siga vigente en México la doctrina según la cual los derechos sociales, los derechos a prestaciones, los derechos a la modificación del *statu quo* en favor de la igualdad de oportunidades de los grupos socialmente postergados, son derechos de carácter programático, dirigidos a habilitar la actividad de las autoridades políticas pero no a conceder título para reclamar ante los jueces por inactividad o defectuoso cumplimiento por parte de esas autoridades, la Convención correrá la misma suerte que las cláusulas constitucionales que consagran derechos sociales en México, es decir, se convertirá casi en letra muerta. La operatividad real de la Convención requerirá o bien superar esa doctrina, o bien extraer las obligaciones instauradas en la Convención del campo de aplicación de esa doctrina.

En cuarto lugar, la Convención difícilmente podrá ser aplicada en el ámbito interno mientras se mantenga el actual anacronismo e inadecuación de los mecanismos procesales de protección de derechos fundamentales, en especial, la relativa al vetusto régimen del juicio de amparo. Anoto algunas cuestiones que deben ser superadas y que son particularmente relevantes en materia de derechos de las personas con discapacidad. En primer lugar, los efectos perniciosos de la denominada fórmula Otero en materia de legitimación para interponer el amparo y de efectos del amparo. La restricción de la legitimación al caso de agravio individual y exclusivo es particularmente negativo en caso de incumplimiento de obligaciones de accesibilidad, dado que por definición, en esos casos la damnificada es toda la clase de personas en la misma situación por ejemplo, todas las personas con movilidad física reducida que no puedan acceder a un edificio. Como nadie está en condiciones de reclamar un daño exclusivo, la persistencia de la llamada fórmula Otero hará improcedente el amparo en estos casos.

Lo mismo sucede con el requisito del efecto relativo de la sentencia: en materias tales como la accesibilidad, el efecto beneficia por definición a la clase entera. Sería absurdo que una orden judicial ordenara hacer accesible un edificio sólo para quien interpuso el amparo, y no para el resto de las personas con movilidad reducida. En el mismo sentido, la Convención tendrá pocas posibilidades de tener algún impacto importante si se mantiene la limitación de la procedencia del amparo a actos de autoridad pública: como dije antes, el campo en el que se requiere prioritariamente el cumplimiento de obligaciones de accesibilidad es el del sector privado de modo que, mientras no exista una acción de tutela de derechos fundamentales entre particulares, ese campo quedará exento de control jurisdiccional, y ello redundará en menores posibilidades de que las propias personas con discapacidad, o las organizaciones que las representen, reclamen sus

derechos por vía judicial. Por último, la ya mencionada y tradicional exclusión del amparo de la tutela de derechos sociales, y en especial de aquellos derechos que imponen obligaciones de dar prestaciones o de hacer, constituye una seria dificultad para lograr la aplicación interna de la Convención.

La última dificultad a la que haré referencia está vinculada con el régimen federal mexicano. Mientras la autoridad que ratifica los tratados en México es la autoridad federal, el hecho es que gran parte de las obligaciones que emanan de la Convención corresponden —de acuerdo al reparto de competencias que hace la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos— al orden de las entidades federativas, y aún al orden municipal. Así, por ejemplo, las obligaciones en materia de accesibilidad del entorno urbano, educación, salud, accesibilidad comunicativa de información pública, etcétera, corresponde totalmente, o en buena parte, a autoridades no federales. Esto plantea serias dificultades, ya que las autoridades de las entidades federativas y la de los municipios no tienen experiencia alguna en la aplicación doméstica de tratados internacionales, y los jueces locales tampoco tienen experiencia en supervisar la aplicación de obligaciones que surgen de tratados internacionales y que deben ser ejecutadas por autoridades locales.

Hasta que no exista alguna forma de coordinación, por la cual las autoridades federales supervisen y promuevan el cumplimiento de los compromisos internacionales adoptados por México por parte de las autoridades de las entidades federativas y las municipales cuando la materia corresponda a su competencia, la Convención tendrá pocas posibilidades de impactar de modo real en la vida y en los derechos de las personas con discapacidad que viven en el territorio mexicano.

LECTURA 2

Tomada de: Gilberto Rincón Gallardo, "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. México", en *Los derechos de las personas con discapacidad*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Comisión Europea/Secretaría de Relaciones Exteriores/ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2006, pp. 33-35.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. México

Gilberto Rincón Gallardo*

Durante el mes de agosto de 2006, se alcanzó un consenso diplomático para que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) pudiera aprobar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Se trata sin duda de una excelente noticia para México. La formalización de este nuevo instrumento jurídico internacional se hizo en las sesiones de la sexagésima primera Asamblea General de la ONU, la votación del documento concluyó un proceso en el que nuestro país se comprometió de manera muy activa, desde que, a instancias de numerosas agrupaciones sociales y personas, el entonces presidente Vicente Fox presentó la iniciativa de Convención a la Asamblea General hace cuatro años.

Pero la conversión de este texto consensuado en una norma internacional sólo cierra una fase del proceso. Se trata, desde luego, de una fase crucial y necesaria, y sin la cual el tema de la discapacidad seguiría rezagado en el terreno de los derechos fundamentales, pero a fin de cuentas será una fase insuficiente si no es capaz de detonar en nuestro país una genuina política de Estado en favor de las personas con discapacidad.

Deberíamos recordar que, según doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los acuerdos y tratados internacionales firmados por México pasan a formar parte de nuestro cuerpo de leyes, y su nivel normativo es muy alto, sólo por debajo del de la Constitución, pero por arriba de leyes generales, federales y locales. Esto implica que en breve tendremos en México una nueva batería de recursos legales para evitar que sigan siendo violados los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, como también sabemos, es muy raro que en nuestro país estos instrumentos internacionales que nos obligan legalmente sean atendidos en la acción cotidiana de las instituciones públicas.

Por ello, no es suficiente que México haga suya formalmente una norma internacional, también se impone la necesidad de que, a partir de su aceptación, modifiquemos las normas legales y los diseños de política pública, para hacer valer las protecciones y políticas de promoción que se señalan en la Convención.

Por ello, esperamos que en breve puedan ser reformadas, a la luz de estos compromisos, normas como la Ley General de las Personas con Discapacidad y la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. Estas normas son desde ahora positivas y necesarias, pero por voluntad

* Presidente del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

del legislador son todavía muy débiles, poco proactivas y con muy escasos dientes para castigar los actos de discriminación. Incluso, en el caso de la primera, ha privado un enfoque de atención médica que es muy limitado respecto de enfoque basado en los derechos fundamentales de las personas con discapacidad que sostiene a la Convención de la ONU. Por ello, incluso en términos de armonización legislativa del derecho interno respecto de las normas internacionales asumidas por México, se hace perentorio avanzar en esos cambios.

Consideremos la siguiente paradoja: en México, un particular que abuse de un consumidor puede ver clausurado su negocio y sufrir una multa, pues, por fortuna, la Procuraduría Federal del Consumidor tiene atribuciones para establecer esa sanción. Pero ese mismo particular no pueda ser tocado si discrimina a una persona con discapacidad, porque la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación sólo autoriza al Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) a buscar la conciliación entre las partes, y eso sólo si el particular se aviene voluntariamente a ella. Así que en México es más probable que alguien sea multado por no dar kilos de a kilo o no dar litros de a litro que por violar la primera de las garantías individuales de una persona con discapacidad.

Por ello, los elementos centrales de la Convención también tienen que verse en nuestras leyes y políticas públicas para modificar el trato a las personas con discapacidad en distintos aspectos de la vida social. Por ejemplo, se deben aplicar y promover las acciones en el terreno del empleo, de la educación, de la salud o de la accesibilidad. No es aceptable, ni es decente, que la mayoría de los niños con discapacidad estén fuera del sistema educativo porque éste no dispone de los recursos para atenderlos según su condición; tampoco es aceptable que el sistema de salud carezca de preparación científica y recursos tecnológicos para el trato a personas con discapacidad; e inaceptable es que nuestras calles y edificios públicos sean en general inaccesibles y hostiles para personas ciegas, sordas o con discapacidad motriz.

No planteamos nada imposible. Piénsese en que hace algunos años en México la política sanitaria respecto del VIH-SIDA era errática, hoy en día, salvo pequeñas omisiones, se garantiza la atención y medicamentos a todas las personas con la enfermedad. Pues bien, en el caso de la discapacidad necesitamos una acción del Estado suficientemente fuerte para que, al cabo de pocos años, ese casi 10% de la población que vive con discapacidad pueda gozar de los derechos y oportunidades que le corresponden, que son suyos. Porque los particulares pueden practicar la filantropía y la beneficencia, y por ello son admirables; pero el Estado no es filántropo ni caritativo, sino un poder para obligar a garantizar los derechos de sus ciudadanos.

Como se ha planteado en el vigente Programa Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación, la lucha contra la discriminación no es tarea exclusiva de una institución es una obligación constitucionalmente

fundada de todas las instancias del Estado mexicano. Por ello esperamos, y el CONAPRED estará muy vigilante al respecto, que todas las instituciones públicas entiendan, integren y lleven a la práctica las nuevas obligaciones legales de esta Convención, obligaciones que, podemos decir con orgullo, México ha contribuido en buena medida a establecer.

LECTURA 3

Tomada de: Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo, Nueva York, ONU, 2006.

Resolución aprobada por la Asamblea General

[sin remisión previa a una Comisión Principal (A/61/611)]

61/106. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

La Asamblea General,

Recordando su resolución 56/168, de 19 de diciembre de 2001, por la que decidió establecer un comité especial, abierto a la participación de todos los Estados Miembros y observadores de las Naciones Unidas para que examinase las propuestas relativas a una convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, sobre la base de un enfoque holístico de la labor realizada en las esferas del desarrollo social, los derechos humanos y la no discriminación y teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos y de la Comisión de Desarrollo Social,

Recordando también sus resoluciones anteriores pertinentes, la última de las cuales es la resolución 60/232, de 23 de diciembre de 2005, así como las resoluciones pertinentes de la Comisión de Desarrollo Social y la Comisión de Derechos Humanos,

Acogiendo con agrado las importantes contribuciones que han hecho las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales y las instituciones nacionales de derechos humanos a la labor del Comité Especial,

1. *Expresa su reconocimiento* al Comité Especial por haber concluido la elaboración de los proyectos de Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y de Protocolo Facultativo de esa Convención;

2. *Aprueba* la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el Protocolo Facultativo de la Convención que figuran en el anexo de la presente resolución, que estarán abiertos a la firma en la Sede de las Naciones Unidas, en Nueva York, a partir del 30 de marzo de 2007;

3. *Exhorta* a los Estados a que consideren la posibilidad de firmar y ratificar la Convención y el Protocolo Facultativo como cuestión prioritaria y expresa la esperanza de que entren en vigor en breve;

4. *Pide* al Secretario General que proporcione el personal y las instalaciones necesarios para el eficaz cumplimiento de las funciones de la Conferencia de los Estados Partes y el Comité previstos en la Convención y el Protocolo Facultativo después de la entrada en vigor de la Convención, así como para la difusión de información sobre la Convención y el Protocolo Facultativo;

5. *Pide también* al Secretario General que aplique progresivamente normas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios del sistema de las Naciones Unidas, teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de la Convención, en particular cuando se hagan trabajos de renovación;

6. *Pide* a los organismos y organizaciones de las Naciones Unidas que tomen medidas para difundir información sobre la Convención y el Protocolo Facultativo y promover su comprensión, e invita a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales a que hagan otro tanto;

7. *Pide* al Secretario General que le presente, en su sexagésimo segundo período de sesiones, un informe relativo a la situación de la Convención y el Protocolo Facultativo y la aplicación de la presente resolución, en relación con el subtema titulado “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”.

*76ª sesión plenaria
13 de diciembre de 2006*

Anexo I

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

Preámbulo

Los Estados Partes en la presente Convención,

a) Recordando los principios de la Carta de las Naciones Unidas que proclaman que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

b) Reconociendo que las Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, han reconocido y proclamado que toda persona tiene los derechos y libertades enunciados en esos instrumentos, sin distinción de ninguna índole,

c) Reafirmando la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación,

d) Recordando el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares,

e) Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás,

f) Reconociendo la importancia que revisten los principios y las directrices de política que figuran en el Programa de Acción Mundial para los Impedidos y en las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con

Discapacidad como factor en la promoción, la formulación y la evaluación de normas, planes, programas y medidas a nivel nacional, regional e internacional destinados a dar una mayor igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad,

g) *Destacando* la importancia de incorporar las cuestiones relativas a la discapacidad como parte integrante de las estrategias pertinentes de desarrollo sostenible,

h) *Reconociendo también* que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano,

i) *Reconociendo además* la diversidad de las personas con discapacidad,

j) *Reconociendo* la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso,

k) *Observando con preocupación* que, pese a estos diversos instrumentos y actividades, las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo,

l) *Reconociendo* la importancia de la cooperación internacional para mejorar las condiciones de vida de las personas con discapacidad en todos los países, en particular en los países en desarrollo,

m) *Reconociendo* el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de sus comunidades, y que la promoción del pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad y de su plena participación tendrán como resultado un mayor sentido de pertenencia de estas personas y avances significativos en el desarrollo económico, social y humano de la sociedad y en la erradicación de la pobreza,

n) *Reconociendo* la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones,

o) *Considerando* que las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que les afectan directamente,

p) *Preocupados* por la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición,

q) *Reconociendo* que las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación,

r) *Reconociendo también* que los niños y las niñas con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y recordando las obligaciones que a este respecto asumieron los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño,

s) *Subrayando* la necesidad de incorporar una perspectiva de género en todas las actividades destinadas a promover el pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad,

t) *Destacando* el hecho de que la mayoría de las personas con discapacidad viven en condiciones de pobreza y reconociendo, a este respecto, la necesidad fundamental de mitigar los efectos negativos de la pobreza en las personas con discapacidad,

u) *Teniendo presente* que, para lograr la plena protección de las personas con discapacidad, en particular durante los conflictos armados y la ocupación extranjera, es indispensable que se den condiciones de paz y seguridad basadas en el pleno respeto de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y se respeten los instrumentos vigentes en materia de derechos humanos,

v) *Reconociendo* la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales,

w) *Conscientes* de que las personas, que tienen obligaciones respecto a otras personas y a la comunidad a la que pertenecen, tienen la responsabilidad de procurar, por todos los medios, que se promuevan y respeten los derechos reconocidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos,

x) *Convencidos* de que la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones,

y) *Convencidos* de que una convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad contribuirá significativamente a paliar la profunda desventaja social de las personas con discapacidad y promoverá su participación, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural, tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados,

Conviene en lo siguiente:

Artículo 1

Propósito

El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Artículo 2

Definiciones

A los fines de la presente Convención:

La “comunicación” incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso;

Por “lenguaje” se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal;

Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables;

Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales;

Por “diseño universal” se entenderá el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El “diseño universal” no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten.

Artículo 3 **Principios generales**

Los principios de la presente Convención serán:

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b) La no discriminación;
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- e) La igualdad de oportunidades;
- f) La accesibilidad;
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer;
- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Artículo 4 **Obligaciones generales**

1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con

discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:

a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;

b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;

c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad;

d) Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella;

e) Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad;

f) Empezar o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención, que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promover su disponibilidad y uso, y promover el diseño universal en la elaboración de normas y directrices;

g) Empezar o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible;

h) Proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo;

i) Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos.

2. Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.

3. En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.

4. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan figurar en la legislación de un Estado Parte o en el derecho internacional en vigor en dicho Estado. No se restringirán ni derogarán ninguno de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos o existentes en los Estados Partes en la presente Convención de conformidad con la ley, las convenciones y los convenios, los reglamentos o la costumbre con el pretexto de que en la presente Convención no se reconocen esos derechos o libertades o se reconocen en menor medida.

5. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones.

Artículo 5 Igualdad y no discriminación

1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

Artículo 6 Mujeres con discapacidad

1. Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención.

Artículo 7 Niños y niñas con discapacidad

1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.

2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.

3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.

Artículo 8 **Toma de conciencia**

1. Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para:

- a) Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas;
- b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida;
- c) Promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.

2. Las medidas a este fin incluyen:

- a) Poner en marcha y mantener campañas efectivas de sensibilización pública destinadas a:
 - i) Fomentar actitudes receptivas respecto de los derechos de las personas con discapacidad;
 - ii) Promover percepciones positivas y una mayor conciencia social respecto de las personas con discapacidad;
 - iii) Promover el reconocimiento de las capacidades, los méritos y las habilidades de las personas con discapacidad y de sus aportaciones en relación con el lugar de trabajo y el mercado laboral;
- b) Fomentar en todos los niveles del sistema educativo, incluso entre todos los niños y las niñas desde una edad temprana, una actitud de respeto de los derechos de las personas con discapacidad;
- c) Alentar a todos los órganos de los medios de comunicación a que difundan una imagen de las personas con discapacidad que sea compatible con el propósito de la presente Convención;
- d) Promover programas de formación sobre sensibilización que tengan en cuenta a las personas con discapacidad y los derechos de estas personas.

Artículo 9 **Accesibilidad**

1. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios c

instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a:

- a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo;
- b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia.

2. Los Estados Partes también adoptarán las medidas pertinentes para:

- a) Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público;
- b) Asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad;
- c) Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad a que se enfrentan las personas con discapacidad;
- d) Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión;
- e) Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público;
- f) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información;
- g) Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet;
- h) Promover el diseño, el desarrollo, la producción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo.

Artículo 10

Derecho a la vida

Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

Artículo 11

Situaciones de riesgo y emergencias humanitarias

Los Estados Partes adoptarán, en virtud de las responsabilidades que les corresponden con arreglo al derecho internacional, y en concreto el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales.

Artículo 12**Igual reconocimiento como persona ante la ley**

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Artículo 13**Acceso a la justicia**

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.
2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

Artículo 14**Libertad y seguridad de la persona**

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás:
 - a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona;

b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.

2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables.

Artículo 15

Protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

1. Ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento .

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole que sean efectivas para evitar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, sean sometidas a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 16

Protección contra la explotación, la violencia y el abuso

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género.

2. Los Estados Partes también adoptarán todas las medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia y abuso asegurando, entre otras cosas, que existan formas adecuadas de asistencia y apoyo que tengan en cuenta el género y la edad para las personas con discapacidad y sus familiares y cuidadores, incluso proporcionando información y educación sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abuso. Los Estados Partes asegurarán que los servicios de protección tengan en cuenta la edad, el género y la discapacidad.

3. A fin de impedir que se produzcan casos de explotación, violencia y abuso, los Estados Partes asegurarán que todos los servicios y programas diseñados para servir a las personas con discapacidad sean supervisados efectivamente por autoridades independientes.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso, incluso mediante la prestación de servicios de protección. Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad.

5. Los Estados Partes adoptarán legislación y políticas efectivas, incluidas legislación y políticas centradas en la mujer y en la infancia, para asegurar que los

casos de explotación, violencia y abuso contra personas con discapacidad sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados.

Artículo 17
Protección de la integridad personal

Toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás.

Artículo 18
Libertad de desplazamiento y nacionalidad

1. Los Estados Partes reconocerán el derecho de las personas con discapacidad a la libertad de desplazamiento, a la libertad para elegir su residencia y a una nacionalidad, en igualdad de condiciones con las demás, incluso asegurando que las personas con discapacidad:

- a) Tengan derecho a adquirir y cambiar una nacionalidad y a no ser privadas de la suya de manera arbitraria o por motivos de discapacidad;
- b) No sean privadas, por motivos de discapacidad, de su capacidad para obtener, poseer y utilizar documentación relativa a su nacionalidad u otra documentación de identificación, o para utilizar procedimientos pertinentes, como el procedimiento de inmigración, que puedan ser necesarios para facilitar el ejercicio del derecho a la libertad de desplazamiento;
- c) Tengan libertad para salir de cualquier país, incluido el propio;
- d) No se vean privadas, arbitrariamente o por motivos de discapacidad, del derecho a entrar en su propio país.

2. Los niños y las niñas con discapacidad serán inscritos inmediatamente después de su nacimiento y tendrán desde el nacimiento derecho a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser atendidos por ellos.

Artículo 19
Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad

Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que:

- a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico;
- b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta;
- c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades.

Artículo 20**Movilidad personal**

Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas para asegurar que las personas con discapacidad gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible, entre ellas:

- a) Facilitar la movilidad personal de las personas con discapacidad en la forma y en el momento que deseen a un costo asequible;
- b) Facilitar el acceso de las personas con discapacidad a formas de asistencia humana o animal e intermediarios, tecnologías de apoyo, dispositivos técnicos y ayudas para la movilidad de calidad, incluso poniéndolos a su disposición a un costo asequible;
- c) Ofrecer a las personas con discapacidad y al personal especializado que trabaje con estas personas capacitación en habilidades relacionadas con la movilidad;
- d) Alentar a las entidades que fabrican ayudas para la movilidad, dispositivos y tecnologías de apoyo a que tengan en cuenta todos los aspectos de la movilidad de las personas con discapacidad.

Artículo 21**Libertad de expresión y de opinión y acceso a la información**

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho a la libertad de expresión y opinión, incluida la libertad de recabar, recibir y facilitar información e ideas en igualdad de condiciones con las demás y mediante cualquier forma de comunicación que elijan con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención, entre ellas:

- a) Facilitar a las personas con discapacidad información dirigida al público en general, de manera oportuna y sin costo adicional, en formatos accesibles y con las tecnologías adecuadas a los diferentes tipos de discapacidad;
- b) Aceptar y facilitar la utilización de la lengua de señas, el Braille, los modos, medios, y formatos aumentativos y alternativos de comunicación y todos los demás modos, medios y formatos de comunicación accesibles que elijan las personas con discapacidad en sus relaciones oficiales;
- c) Alentar a las entidades privadas que presten servicios al público en general, incluso mediante Internet, a que proporcionen información y servicios en formatos que las personas con discapacidad puedan utilizar y a los que tengan acceso;
- d) Alentar a los medios de comunicación, incluidos los que suministran información a través de Internet, a que hagan que sus servicios sean accesibles para las personas con discapacidad;
- e) Reconocer y promover la utilización de lenguas de señas.

Artículo 22**Respeto de la privacidad**

1. Ninguna persona con discapacidad, independientemente de cuál sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de

comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación. Las personas con discapacidad tendrán derecho a ser protegidas por la ley frente a dichas injerencias o agresiones.

2. Los Estados Partes protegerán la privacidad de la información personal y relativa a la salud y a la rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

Artículo 23

Respeto del hogar y de la familia

1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:

a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges;

b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos;

c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.

2. Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.

3. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias.

4. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.

5. Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar.

Artículo 24 **Educación**

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida, con miras a:

a) Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana;

b) Desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas;

c) Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre.

2. Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que:

a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad;

b) Las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan;

c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales;

d) Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva;

e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión.

3. Los Estados Partes brindarán a las personas con discapacidad la posibilidad de aprender habilidades para la vida y desarrollo social, a fin de propiciar su participación plena y en igualdad de condiciones en la educación y como miembros de la comunidad. A este fin, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes, entre ellas:

a) Facilitar el aprendizaje del Braille, la escritura alternativa, otros modos, medios y formatos de comunicación aumentativos o alternativos y habilidades de orientación y de movilidad, así como la tutoría y el apoyo entre pares;

b) Facilitar el aprendizaje de la lengua de señas y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas;

c) Asegurar que la educación de las personas, y en particular los niños y las niñas ciegos, sordos o sordociegos se imparta en los lenguajes y los modos y medios de comunicación más apropiados para cada persona y en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo académico y social.

4. A fin de contribuir a hacer efectivo este derecho, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para emplear a maestros, incluidos maestros con discapacidad, que estén cualificados en lengua de señas o Braille y para formar a

profesionales y personal que trabajen en todos los niveles educativos. Esa formación incluirá la toma de conciencia sobre la discapacidad y el uso de modos, medios y formatos de comunicación aumentativos y alternativos apropiados, y de técnicas y materiales educativos para apoyar a las personas con discapacidad.

5. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás. A tal fin, los Estados Partes asegurarán que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad.

Artículo 25

Salud

Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes:

a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población;

b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores;

c) Proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales;

d) Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado;

e) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable;

f) Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad.

Artículo 26

Habilitación y rehabilitación

1. Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que

las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, de forma que esos servicios y programas:

a) Comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona;

b) Apoyen la participación e inclusión en la comunidad y en todos los aspectos de la sociedad, sean voluntarios y estén a disposición de las personas con discapacidad lo más cerca posible de su propia comunidad, incluso en las zonas rurales.

2. Los Estados Partes promoverán el desarrollo de formación inicial y continua para los profesionales y el personal que trabajen en los servicios de habilitación y rehabilitación.

3. Los Estados Partes promoverán la disponibilidad, el conocimiento y el uso de tecnologías de apoyo y dispositivos destinados a las personas con discapacidad, a efectos de habilitación y rehabilitación.

Artículo 27

Trabajo y empleo

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas:

a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables;

b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos;

c) Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás;

d) Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua;

e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo;

- f) Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias;
- g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público;
- h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas;
- i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo;
- j) Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto;
- k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.

2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad no sean sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio.

Artículo 28

Nivel de vida adecuado y protección social

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad.
2. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas:
 - a) Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad;
 - b) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza;
 - c) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza a asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados;
 - d) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública;
 - e) Asegurar el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación.

Artículo 29**Participación en la vida política y pública**

Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a:

a) Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas, entre otras formas mediante:

- i)* La garantía de que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar;
- ii)* La protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum públicos sin intimidación, y a presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo cuando proceda;
- iii)* La garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar;

b) Promover activamente un entorno en el que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la dirección de los asuntos públicos, sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás, y fomentar su participación en los asuntos públicos y, entre otras cosas:

- i)* Su participación en organizaciones y asociaciones no gubernamentales relacionadas con la vida pública y política del país, incluidas las actividades y la administración de los partidos políticos;
- ii)* La constitución de organizaciones de personas con discapacidad que representen a estas personas a nivel internacional, nacional, regional y local, y su incorporación a dichas organizaciones.

Artículo 30**Participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte**

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a participar, en igualdad de condiciones con las demás, en la vida cultural y adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar que las personas con discapacidad:

- a)* Tengan acceso a material cultural en formatos accesibles;
- b)* Tengan acceso a programas de televisión, películas, teatro y otras actividades culturales en formatos accesibles;
- c)* Tengan acceso a lugares en donde se ofrezcan representaciones o servicios culturales tales como teatros, museos, cines, bibliotecas y servicios turísticos y, en la medida de lo posible, tengan acceso a monumentos y lugares de importancia cultural nacional.

2. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan desarrollar y utilizar su potencial creativo, artístico e intelectual, no sólo en su propio beneficio sino también para el enriquecimiento de la sociedad.
3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes, de conformidad con el derecho internacional, a fin de asegurar que las leyes de protección de los derechos de propiedad intelectual no constituyan una barrera excesiva o discriminatoria para el acceso de las personas con discapacidad a materiales culturales.
4. Las personas con discapacidad tendrán derecho, en igualdad de condiciones con las demás, al reconocimiento y el apoyo de su identidad cultural y lingüística específica, incluidas la lengua de señas y la cultura de los sordos.
5. A fin de que las personas con discapacidad puedan participar en igualdad de condiciones con las demás en actividades recreativas, de esparcimiento y deportivas, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para:
 - a) Alentar y promover la participación, en la mayor medida posible, de las personas con discapacidad en las actividades deportivas generales a todos los niveles;
 - b) Asegurar que las personas con discapacidad tengan la oportunidad de organizar y desarrollar actividades deportivas y recreativas específicas para dichas personas y de participar en dichas actividades y, a ese fin, alentar a que se les ofrezca, en igualdad de condiciones con las demás, instrucción, formación y recursos adecuados;
 - c) Asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a instalaciones deportivas, recreativas y turísticas;
 - d) Asegurar que los niños y las niñas con discapacidad tengan igual acceso con los demás niños y niñas a la participación en actividades lúdicas, recreativas, de esparcimiento y deportivas, incluidas las que se realicen dentro del sistema escolar;
 - e) Asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a los servicios de quienes participan en la organización de actividades recreativas, turísticas, de esparcimiento y deportivas.

Artículo 31

Recopilación de datos y estadísticas

1. Los Estados Partes recopilarán información adecuada, incluidos datos estadísticos y de investigación, que les permita formular y aplicar políticas, a fin de dar efecto a la presente Convención. En el proceso de recopilación y mantenimiento de esta información se deberá:
 - a) Respetar las garantías legales establecidas, incluida la legislación sobre protección de datos, a fin de asegurar la confidencialidad y el respeto de la privacidad de las personas con discapacidad;
 - b) Cumplir las normas aceptadas internacionalmente para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como los principios éticos en la recopilación y el uso de estadísticas.
2. La información recopilada de conformidad con el presente artículo se desglosará, en su caso, y se utilizará como ayuda para evaluar el cumplimiento por los Estados Partes de sus obligaciones conforme a la presente Convención, así como

para identificar y eliminar las barreras con que se enfrentan las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos.

3. Los Estados Partes asumirán la responsabilidad de difundir estas estadísticas y asegurar que sean accesibles para las personas con discapacidad y otras personas.

Artículo 32 **Cooperación internacional**

1. Los Estados Partes reconocen la importancia de la cooperación internacional y su promoción, en apoyo de los esfuerzos nacionales para hacer efectivos el propósito y los objetivos de la presente Convención, y tomarán las medidas pertinentes y efectivas a este respecto, entre los Estados y, cuando corresponda, en asociación con las organizaciones internacionales y regionales pertinentes y la sociedad civil, en particular organizaciones de personas con discapacidad. Entre esas medidas cabría incluir:

a) Velar por que la cooperación internacional, incluidos los programas de desarrollo internacionales, sea inclusiva y accesible para las personas con discapacidad;

b) Facilitar y apoyar el fomento de la capacidad, incluso mediante el intercambio y la distribución de información, experiencias, programas de formación y prácticas recomendadas;

c) Facilitar la cooperación en la investigación y el acceso a conocimientos científicos y técnicos;

d) Proporcionar, según corresponda, asistencia apropiada, técnica y económica, incluso facilitando el acceso a tecnologías accesibles y de asistencia y compartiendo esas tecnologías, y mediante su transferencia.

2. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán sin perjuicio de las obligaciones que incumban a cada Estado Parte en virtud de la presente Convención.

Artículo 33 **Aplicación y seguimiento nacionales**

1. Los Estados Partes, de conformidad con su sistema organizativo, designarán uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la presente Convención y considerarán detenidamente la posibilidad de establecer o designar un mecanismo de coordinación para facilitar la adopción de medidas al respecto en diferentes sectores y a diferentes niveles.

2. Los Estados Partes, de conformidad con sus sistemas jurídicos y administrativos, mantendrán, reforzarán, designarán o establecerán, a nivel nacional, un marco, que constará de uno o varios mecanismos independientes, para promover, proteger y supervisar la aplicación de la presente Convención. Cuando designen o establezcan esos mecanismos, los Estados Partes tendrán en cuenta los principios relativos a la condición jurídica y el funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos.

3. La sociedad civil, y en particular las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan, estarán integradas y participarán plenamente en todos los niveles del proceso de seguimiento.

Artículo 34**Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad**

1. Se creará un Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, “el Comité”) que desempeñará las funciones que se enuncian a continuación.
2. El Comité constará, en el momento en que entre en vigor la presente Convención, de 12 expertos. Cuando la Convención obtenga otras 60 ratificaciones o adhesiones, la composición del Comité se incrementará en seis miembros más, con lo que alcanzará un máximo de 18 miembros.
3. Los miembros del Comité desempeñarán sus funciones a título personal y serán personas de gran integridad moral y reconocida competencia y experiencia en los temas a que se refiere la presente Convención. Se invita a los Estados Partes a que, cuando designen a sus candidatos, tomen debidamente en consideración la disposición que se enuncia en el párrafo 3 del artículo 4 de la presente Convención.
4. Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes, que tomarán en consideración una distribución geográfica equitativa, la representación de las diferentes formas de civilización y los principales ordenamientos jurídicos, una representación de género equilibrada y la participación de expertos con discapacidad.
5. Los miembros del Comité se elegirán mediante voto secreto de una lista de personas designadas por los Estados Partes de entre sus nacionales en reuniones de la Conferencia de los Estados Partes. En estas reuniones, en las que dos tercios de los Estados Partes constituirán quórum, las personas elegidas para el Comité serán las que obtengan el mayor número de votos y una mayoría absoluta de votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.
6. La elección inicial se celebrará antes de que transcurran seis meses a partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Convención. Por lo menos cuatro meses antes de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados Partes invitándolos a que presenten sus candidatos en un plazo de dos meses. El Secretario General preparará después una lista en la que figurarán, por orden alfabético, todas las personas así propuestas, con indicación de los Estados Partes que las hayan propuesto, y la comunicará a los Estados Partes en la presente Convención.
7. Los miembros del Comité se elegirán por un período de cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. Sin embargo, el mandato de seis de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años; inmediatamente después de la primera elección, los nombres de esos seis miembros serán sacados a suerte por el presidente de la reunión a que se hace referencia en el párrafo 5 del presente artículo.
8. La elección de los otros seis miembros del Comité se hará con ocasión de las elecciones ordinarias, de conformidad con las disposiciones pertinentes del presente artículo.
9. Si un miembro del Comité fallece, renuncia o declara que, por alguna otra causa, no puede seguir desempeñando sus funciones, el Estado Parte que lo propuso designará otro experto que posea las cualificaciones y reúna los requisitos previstos en las disposiciones pertinentes del presente artículo para ocupar el puesto durante el resto del mandato.
10. El Comité adoptará su propio reglamento.

11. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y las instalaciones que sean necesarios para el efectivo desempeño de las funciones del Comité con arreglo a la presente Convención y convocará su reunión inicial.
12. Con la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas, los miembros del Comité establecido en virtud de la presente Convención percibirán emolumentos con cargo a los recursos de las Naciones Unidas en los términos y condiciones que la Asamblea General decida, tomando en consideración la importancia de las responsabilidades del Comité.
13. Los miembros del Comité tendrán derecho a las facilidades, prerrogativas e inmunidades que se conceden a los expertos que realizan misiones para las Naciones Unidas, con arreglo a lo dispuesto en las secciones pertinentes de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas.

Artículo 35

Informes presentados por los Estados Partes

1. Los Estados Partes presentarán al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, un informe exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la presente Convención y sobre los progresos realizados al respecto en el plazo de dos años contado a partir de la entrada en vigor de la presente Convención en el Estado Parte de que se trate.
2. Posteriormente, los Estados Partes presentarán informes ulteriores al menos cada cuatro años y en las demás ocasiones en que el Comité se lo solicite.
3. El Comité decidirá las directrices aplicables al contenido de los informes.
4. El Estado Parte que haya presentado un informe inicial exhaustivo al Comité no tendrá que repetir, en sus informes ulteriores, la información previamente facilitada. Se invita a los Estados Partes a que, cuando preparen informes para el Comité, lo hagan mediante un procedimiento abierto y transparente y tengan en cuenta debidamente lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 4 de la presente Convención.
5. En los informes se podrán indicar factores y dificultades que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la presente Convención.

Artículo 36

Consideración de los informes

1. El Comité considerará todos los informes, hará las sugerencias y las recomendaciones que estime oportunas respecto a ellos y se las remitirá al Estado Parte de que se trate. Éste podrá responder enviando al Comité cualquier información que desee. El Comité podrá solicitar a los Estados Partes más información con respecto a la aplicación de la presente Convención.
2. Cuando un Estado Parte se haya demorado considerablemente en la presentación de un informe, el Comité podrá notificarle la necesidad de examinar la aplicación de la presente Convención en dicho Estado Parte, sobre la base de información fiable que se ponga a disposición del Comité, en caso de que el informe pertinente no se presente en un plazo de tres meses desde la notificación. El Comité invitará al Estado Parte interesado a participar en dicho examen. Si el Estado Parte respondiera presentando el informe pertinente, se aplicará lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo.

3. El Secretario General de las Naciones Unidas pondrá los informes a disposición de todos los Estados Partes.
4. Los Estados Partes darán amplia difusión pública a sus informes en sus propios países y facilitarán el acceso a las sugerencias y recomendaciones generales sobre esos informes.
5. El Comité transmitirá, según estime apropiado, a los organismos especializados, los fondos y los programas de las Naciones Unidas, así como a otros órganos competentes, los informes de los Estados Partes, a fin de atender una solicitud o una indicación de necesidad de asesoramiento técnico o asistencia que figure en ellos, junto con las observaciones y recomendaciones del Comité, si las hubiera, sobre esas solicitudes o indicaciones.

Artículo 37

Cooperación entre los Estados Partes y el Comité

1. Los Estados Partes cooperarán con el Comité y ayudarán a sus miembros a cumplir su mandato.
2. En su relación con los Estados Partes, el Comité tomará debidamente en consideración medios y arbitrios para mejorar la capacidad nacional de aplicación de la presente Convención, incluso mediante la cooperación internacional.

Artículo 38

Relación del Comité con otros órganos

A fin de fomentar la aplicación efectiva de la presente Convención y de estimular la cooperación internacional en el ámbito que abarca:

a) Los organismos especializados y demás órganos de las Naciones Unidas tendrán derecho a estar representados en el examen de la aplicación de las disposiciones de la presente Convención que entren dentro de su mandato. El Comité podrá invitar también a los organismos especializados y a otros órganos competentes que considere apropiados a que proporcionen asesoramiento especializado sobre la aplicación de la Convención en los ámbitos que entren dentro de sus respectivos mandatos. El Comité podrá invitar a los organismos especializados y a otros órganos de las Naciones Unidas a que presenten informes sobre la aplicación de la Convención en las esferas que entren dentro de su ámbito de actividades;

b) Al ejercer su mandato, el Comité consultará, según proceda, con otros órganos pertinentes instituidos en virtud de tratados internacionales de derechos humanos, con miras a garantizar la coherencia de sus respectivas directrices de presentación de informes, sugerencias y recomendaciones generales y a evitar la duplicación y la superposición de tareas en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 39

Informe del Comité

El Comité informará cada dos años a la Asamblea General y al Consejo Económico y Social sobre sus actividades y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y datos recibidos de los Estados Partes en la Convención. Esas sugerencias y recomendaciones de carácter general se incluirán en el informe del Comité, junto con los comentarios, si los hubiera, de los Estados Partes.

Artículo 40**Conferencia de los Estados Partes**

1. Los Estados Partes se reunirán periódicamente en una Conferencia de los Estados Partes, a fin de considerar todo asunto relativo a la aplicación de la presente Convención.
2. El Secretario General de las Naciones Unidas convocará la Conferencia de los Estados Partes en un plazo que no superará los seis meses contados a partir de la entrada en vigor de la presente Convención. Las reuniones ulteriores, con periodicidad bienal o cuando lo decida la Conferencia de los Estados Partes, serán convocadas por el Secretario General.

Artículo 41**Depositario**

El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario de la presente Convención.

Artículo 42**Firma**

La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados y las organizaciones regionales de integración en la Sede de las Naciones Unidas, en Nueva York, a partir del 30 de marzo de 2007.

Artículo 43**Consentimiento en obligarse**

La presente Convención estará sujeta a la ratificación de los Estados signatarios y a la confirmación oficial de las organizaciones regionales de integración signatarias. Estará abierta a la adhesión de cualquier Estado u organización regional de integración que no la haya firmado.

Artículo 44**Organizaciones regionales de integración**

1. Por “organización regional de integración” se entenderá una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada a la que sus Estados miembros hayan transferido competencia respecto de las cuestiones regidas por la presente Convención. Esas organizaciones declararán, en sus instrumentos de confirmación oficial o adhesión, su grado de competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Posteriormente, informarán al depositario de toda modificación sustancial de su grado de competencia.
2. Las referencias a los “Estados Partes” con arreglo a la presente Convención serán aplicables a esas organizaciones dentro de los límites de su competencia.
3. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 45 y en los párrafos 2 y 3 del artículo 47 de la presente Convención, no se tendrá en cuenta ningún instrumento depositado por una organización regional de integración.
4. Las organizaciones regionales de integración, en asuntos de su competencia, ejercerán su derecho de voto en la Conferencia de los Estados Partes, con un número de votos igual al número de sus Estados miembros que sean Partes en la presente Convención. Dichas organizaciones no ejercerán su derecho de voto si sus Estados miembros ejercen el suyo, y viceversa.

Artículo 45**Entrada en vigor**

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o adhesión.
2. Para cada Estado y organización regional de integración que ratifique la Convención, se adhiera a ella o la confirme oficialmente una vez que haya sido depositado el vigésimo instrumento a sus efectos, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado su propio instrumento.

Artículo 46**Reservas**

1. No se permitirán reservas incompatibles con el objeto y el propósito de la presente Convención.
2. Las reservas podrán ser retiradas en cualquier momento.

Artículo 47**Enmiendas**

1. Los Estados Partes podrán proponer enmiendas a la presente Convención y presentarlas al Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará las enmiendas propuestas a los Estados Partes, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar la propuesta y someterla a votación. Si dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de esa notificación, al menos un tercio de los Estados Partes se declara a favor de tal convocatoria, el Secretario General convocará una conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por mayoría de dos tercios de los Estados Partes presentes y votantes en la conferencia será sometida por el Secretario General a la Asamblea General de las Naciones Unidas para su aprobación y posteriormente a los Estados Partes para su aceptación.
2. Toda enmienda adoptada y aprobada conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que el número de instrumentos de aceptación depositados alcance los dos tercios del número de Estados Partes que había en la fecha de adopción de la enmienda. Posteriormente, la enmienda entrará en vigor para todo Estado Parte el trigésimo día a partir de aquel en que hubiera depositado su propio instrumento de aceptación. Las enmiendas serán vinculantes exclusivamente para los Estados Partes que las hayan aceptado.
3. En caso de que así lo decida la Conferencia de los Estados Partes por consenso, las enmiendas adoptadas y aprobadas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo que guarden relación exclusivamente con los artículos 34, 38, 39 y 40 entrarán en vigor para todos los Estados Partes el trigésimo día a partir de aquel en que el número de instrumentos de aceptación depositados alcance los dos tercios del número de Estados Partes que hubiera en la fecha de adopción de la enmienda.

Artículo 48**Denuncia**

Los Estados Partes podrán denunciar la presente Convención mediante notificación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia tendrá efecto un año después de que el Secretario General haya recibido la notificación.

Artículo 49**Formato accesible**

El texto de la presente Convención se difundirá en formatos accesibles.

Artículo 50**Textos auténticos**

Los textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso de la presente Convención serán igualmente auténticos.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los plenipotenciarios abajo firmantes, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman la presente Convención.

Anexo II**Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**

Los Estados Partes en el presente Protocolo acuerdan lo siguiente:

Artículo 1

1. Todo Estado Parte en el presente Protocolo (“Estado Parte”) reconoce la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (“el Comité”) para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas.

2. El Comité no recibirá comunicación alguna que concierna a un Estado Parte en la Convención que no sea parte en el presente Protocolo.

Artículo 2

El Comité considerará inadmisibles las comunicaciones cuando:

- a) Sea anónima;
- b) Constituya un abuso del derecho a presentar una comunicación o sea incompatible con las disposiciones de la Convención;
- c) Se refiera a una cuestión que ya haya sido examinada por el Comité o ya haya sido o esté siendo examinada de conformidad con otro procedimiento de investigación o arreglo internacionales;
- d) No se hayan agotado todos los recursos internos disponibles, salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente o sea improbable que con ellos se logre un remedio efectivo;
- e) Sea manifiestamente infundada o esté insuficientemente sustanciada; o
- f) Los hechos objeto de la comunicación hubieran sucedido antes de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo para el Estado Parte interesado, salvo que esos hechos continuasen produciéndose después de esa fecha.

Artículo 3

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2 del presente Protocolo, el Comité pondrá en conocimiento del Estado Parte, de forma confidencial, toda comunicación

que reciba con arreglo al presente Protocolo. En un plazo de seis meses, ese Estado Parte presentará al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en las que se aclare la cuestión y se indiquen las medidas correctivas que hubiere adoptado el Estado Parte, de haberlas.

Artículo 4

1. Tras haber recibido una comunicación y antes de llegar a una conclusión sobre el fondo de ésta, el Comité podrá remitir en cualquier momento al Estado Parte interesado, a los fines de su examen urgente, una solicitud para que adopte las medidas provisionales necesarias a fin de evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación.
2. El ejercicio por el Comité de sus facultades discrecionales en virtud del párrafo 1 del presente artículo, no implicará juicio alguno sobre la admisibilidad o sobre el fondo de la comunicación.

Artículo 5

El Comité examinará en sesiones privadas las comunicaciones que reciba en virtud del presente Protocolo. Tras examinar una comunicación, el Comité hará llegar sus sugerencias y recomendaciones, si las hubiere, al Estado Parte interesado y al comunicante.

Artículo 6

1. Si el Comité recibe información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos recogidos en la Convención, el Comité invitará a ese Estado Parte a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar observaciones sobre dicha información.
2. Tomando en consideración las observaciones que haya presentado el Estado Parte interesado, así como toda información fidedigna que esté a su disposición, el Comité podrá encargar a uno o más de sus miembros que lleven a cabo una investigación y presenten, con carácter urgente, un informe al Comité. Cuando se justifique y con el consentimiento del Estado Parte, la investigación podrá incluir una visita a su territorio.
3. Tras examinar las conclusiones de la investigación, el Comité las transmitirá al Estado Parte interesado, junto con las observaciones y recomendaciones que estime oportunas.
4. En un plazo de seis meses después de recibir las conclusiones de la investigación y las observaciones y recomendaciones que le transmita el Comité, el Estado Parte interesado presentará sus propias observaciones al Comité.
5. La investigación será de carácter confidencial y en todas sus etapas se solicitará la colaboración del Estado Parte.

Artículo 7

1. El Comité podrá invitar al Estado Parte interesado a que incluya en el informe que ha de presentar con arreglo al artículo 35 de la Convención pormenores sobre cualesquiera medidas que hubiere adoptado en respuesta a una investigación efectuada con arreglo al artículo 6 del presente Protocolo.

2. Transcurrido el período de seis meses indicado en el párrafo 4 del artículo 6, el Comité podrá, si fuera necesario, invitar al Estado Parte interesado a que le informe sobre cualquier medida adoptada como resultado de la investigación.

Artículo 8

Todo Estado Parte podrá, al momento de la firma o ratificación del presente Protocolo, o de la adhesión a él, declarar que no reconoce la competencia del Comité establecida en los artículos 6 y 7.

Artículo 9

El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario del presente Protocolo.

Artículo 10

El presente Protocolo estará abierto a la firma de todos los Estados y las organizaciones regionales de integración signatarios de la Convención en la Sede de las Naciones Unidas, en Nueva York, a partir del 30 de marzo de 2007.

Artículo 11

El presente Protocolo estará sujeto a la ratificación de los Estados signatarios del presente Protocolo que hayan ratificado la Convención o se hayan adherido a ella. Estará sujeto a la confirmación oficial de las organizaciones regionales de integración signatarias del presente Protocolo que hayan confirmado oficialmente la Convención o se hayan adherido a ella. Estará abierto a la adhesión de cualquier Estado u organización regional de integración que haya ratificado la Convención, la haya confirmado oficialmente o se haya adherido a ella y que no haya firmado el presente Protocolo.

Artículo 12

1. Por “organización regional de integración” se entenderá una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada a la que sus Estados miembros hayan transferido competencia respecto de las cuestiones regidas por la Convención y el presente Protocolo. Esas organizaciones declararán, en sus instrumentos de confirmación oficial o adhesión, su grado de competencia con respecto a las cuestiones regidas por la Convención y el presente Protocolo. Posteriormente, informarán al depositario de toda modificación sustancial de su grado de competencia.

2. Las referencias a los “Estados Partes” con arreglo al presente Protocolo se aplicarán a esas organizaciones dentro de los límites de su competencia.

3. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 13 y en el párrafo 2 del artículo 15 del presente Protocolo, no se tendrá en cuenta ningún instrumento depositado por una organización regional de integración.

4. Las organizaciones regionales de integración, en asuntos de su competencia, ejercerán su derecho de voto en la reunión de los Estados Partes, con un número de votos igual al número de sus Estados miembros que sean Partes en el presente Protocolo. Dichas organizaciones no ejercerán su derecho de voto si sus Estados miembros ejercen el suyo, y viceversa.

Artículo 13

1. Con sujeción a la entrada en vigor de la Convención, el presente Protocolo entrará en vigor el trigésimo día después de que se haya depositado el décimo instrumento de ratificación o adhesión.

2. Para cada Estado u organización regional de integración que ratifique el Protocolo, lo confirme oficialmente o se adhiera a él una vez que haya sido depositado el décimo instrumento a sus efectos, el Protocolo entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado su propio instrumento.

Artículo 14

1. No se permitirán reservas incompatibles con el objeto y el propósito del presente Protocolo.

2. Las reservas podrán ser retiradas en cualquier momento.

Artículo 15

1. Todo Estado Parte podrá proponer una enmienda al presente Protocolo y presentarla al Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará la enmienda propuesta a los Estados Partes, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar la propuesta y someterla a votación. Si dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de esa notificación, al menos un tercio de los Estados Partes se declara a favor de tal convocatoria, el Secretario General convocará una conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por mayoría de dos tercios de los Estados Partes presentes y votantes en la conferencia será sometida por el Secretario General a la Asamblea General de las Naciones Unidas para su aprobación y posteriormente a todos los Estados Partes para su aceptación.

2. Las enmiendas adoptadas y aprobadas conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo entrarán en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que el número de instrumentos de aceptación depositados alcance los dos tercios del número de Estados Partes que hubiera en la fecha de adopción de la enmienda. Posteriormente, las enmiendas entrarán en vigor para todo Estado Parte el trigésimo día a partir de aquel en que hubieran depositado su propio instrumento de aceptación. Las enmiendas serán vinculantes exclusivamente para los Estados Partes que las hayan aceptado.

Artículo 16

Los Estados Partes podrán denunciar el presente Protocolo mediante notificación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia tendrá efecto un año después de que el Secretario General haya recibido la notificación.

Artículo 17

El texto del presente Protocolo se difundirá en formatos accesibles.

Artículo 18

Los textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso del presente Protocolo serán igualmente auténticos.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los plenipotenciarios abajo firmantes, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman el presente Protocolo.

LECTURA 4

Tomada de: Organización de los Estados Americanos, Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Guatemala, OEA, 1999.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

LOS ESTADOS PARTE EN LA PRESENTE CONVENCIÓN,

REAFIRMANDO que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas; y que estos derechos, incluido el de no verse sometidos a discriminación fundamentada en la discapacidad, dimanen de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano;

CONSIDERANDO que la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en su artículo 3, inciso j) establece como principio que "la justicia y la seguridad sociales son bases de una paz duradera";

PREOCUPADOS por la discriminación de que son objeto las personas en razón de su discapacidad;

TENIENDO PRESENTE el Convenio sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio 159); la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (AG.26/2856, del 20 de diciembre de 1971); la Declaración de los Derechos de los Impedidos de las Naciones Unidas (Resolución Nº 3447 del 9 de diciembre de 1975); el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 37/52, del 3 de diciembre de 1982); el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (1988); los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (AG.46/119, del 17 de diciembre de 1991); la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud; la Resolución sobre la Situación de las Personas con Discapacidad en el Continente Americano (AG/RES. 1249 (XXIII-O/93)); las Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (AG.48/96, del 20 de diciembre de 1993); la Declaración de Managua, de diciembre de 1993; la Declaración de Viena y Programa de Acción aprobados por la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (157/93); la Resolución sobre la Situación de los Discapacitados en el Continente Americano (AG/RES. 1356 (XXV-O/95)); y el Compromiso de Panamá con las Personas con Discapacidad en el Continente Americano (resolución AG/RES. 1369 (XXVI-O/96)); y

COMPROMETIDOS a eliminar la discriminación, en todas sus formas y manifestaciones, contra las personas con discapacidad,

HAN CONVENIDO lo siguiente:

ARTÍCULO I

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por:

1. Discapacidad

El término "discapacidad" significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

2. Discriminación contra las personas con discapacidad

a) El término "discriminación contra las personas con discapacidad" significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

b) No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación.

ARTÍCULO II

Los objetivos de la presente Convención son la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad.

ARTÍCULO III

Para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados parte se comprometen a:

1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, incluidas las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa:

- a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración;
- b) Medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en sus territorios respectivos faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con discapacidad;
- c) Medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar el acceso y uso para las personas con discapacidad; y
- d) Medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la presente Convención y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitados para hacerlo.

2. Trabajar prioritariamente en las siguientes áreas:

- a) La prevención de todas las formas de discapacidad prevenibles;
- b) La detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad; y
- c) La sensibilización de la población, a través de campañas de educación encaminadas a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atentan contra el derecho de las personas a ser iguales, propiciando de esta forma el respeto y la convivencia con las personas con discapacidad.

ARTÍCULO IV

Para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados parte se comprometen a:

- 1. Cooperar entre sí para contribuir a prevenir y eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad.
- 2. Colaborar de manera efectiva en:
 - a) la investigación científica y tecnológica relacionada con la prevención de las discapacidades, el tratamiento, la rehabilitación e integración a la sociedad de las personas con discapacidad; y
 - b) el desarrollo de medios y recursos diseñados para facilitar o promover la vida independiente, autosuficiencia e integración total, en condiciones de igualdad, a la sociedad de las personas con discapacidad.

ARTÍCULO V

1. Los Estados parte promoverán, en la medida en que sea compatible con sus respectivas legislaciones nacionales, la participación de representantes de organizaciones de personas con discapacidad, organizaciones no gubernamentales que trabajan en este campo o, si no existen dichas organizaciones, personas con discapacidad, en la elaboración, ejecución y evaluación de medidas y políticas para aplicar la presente Convención.

2. Los Estados parte crearán canales de comunicación eficaces que permitan difundir entre las organizaciones públicas y privadas que trabajan con las personas con discapacidad los avances normativos y jurídicos que se logren para la eliminación de la discriminación contra las personas con discapacidad.

ARTÍCULO VI

1. Para dar seguimiento a los compromisos adquiridos en la presente Convención se establecerá un Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, integrado por un representante designado por cada Estado parte.
2. El Comité celebrará su primera reunión dentro de los 90 días siguientes al depósito del décimo primer instrumento de ratificación. Esta reunión será convocada por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y la misma se celebrará en su sede, a menos que un Estado parte ofrezca la sede.
3. Los Estados parte se comprometen en la primera reunión a presentar un informe al Secretario General de la Organización para que lo transmita al Comité para ser analizado y estudiado. En lo sucesivo, los informes se presentarán cada cuatro años.
4. Los informes preparados en virtud del párrafo anterior deberán incluir las medidas que los Estados miembros hayan adoptado en la aplicación de esta Convención y cualquier progreso que hayan realizado los Estados parte en la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Los informes también contendrán cualquier circunstancia o dificultad que afecte el grado de cumplimiento derivado de la presente Convención.
5. El Comité será el foro para examinar el progreso registrado en la aplicación de la Convención e intercambiar experiencias entre los Estados parte. Los informes que elabore el Comité recogerán el debate e incluirán información sobre las medidas que los Estados parte hayan adoptado en aplicación de esta Convención, los progresos que hayan realizado en la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, las circunstancias o dificultades que hayan tenido con la implementación de la Convención, así como las conclusiones, observaciones y sugerencias generales del Comité para el cumplimiento progresivo de la misma.
6. El Comité elaborará su reglamento interno y lo aprobará por mayoría absoluta.
7. El Secretario General brindará al Comité el apoyo que requiera para el cumplimiento de sus funciones.

ARTÍCULO VII

No se interpretará que disposición alguna de la presente Convención restrinja o permita que los Estados parte limiten el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad reconocidos por el derecho internacional consuetudinario o los instrumentos internacionales por los cuales un Estado parte está obligado.

ARTÍCULO VIII

1. La presente Convención estará abierta a todos los Estados miembros para su firma, en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el 8 de junio de 1999 y, a partir de esa fecha, permanecerá abierta a la firma de todos los Estados en la sede de la Organización de los Estados Americanos hasta su entrada en vigor.
2. La presente Convención está sujeta a ratificación.
3. La presente Convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el sexto instrumento de ratificación de un Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos.

ARTÍCULO IX

Después de su entrada en vigor, la presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados que no la hayan firmado.

ARTÍCULO X

1. Los instrumentos de ratificación y adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.
2. Para cada Estado que ratifique o adhiera a la Convención después de que se haya depositado el sexto instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

ARTÍCULO XI

1. Cualquier Estado parte podrá formular propuestas de enmienda a esta Convención. Dichas propuestas serán presentadas a la Secretaría General de la OEA para su distribución a los Estados parte.
2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que dos tercios de los Estados parte hayan depositado el respectivo instrumento de ratificación. En cuanto al resto de los Estados parte, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación.

ARTÍCULO XII

Los Estados podrán formular reservas a la presente Convención al momento de ratificarla o adherirse a ella, siempre que no sean incompatibles con el objeto y propósito de la Convención y versen sobre una o más disposiciones específicas.

ARTÍCULO XIII

La presente Convención permanecerá en vigor indefinidamente, pero cualquiera de los Estados parte podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, y permanecerá en vigor para los demás Estados parte. Dicha denuncia no eximirá al Estado parte de las obligaciones que le impone la presente Convención con respecto a toda acción u omisión ocurrida antes de la fecha en que haya surtido efecto la denuncia.

ARTÍCULO XIV

1. El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto, para su registro y publicación, a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.
2. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que se hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiesen.



EJERCICIOS

1. Señale los dos instrumentos internacionales más importantes en materia de derechos de las personas con discapacidad.

a)

b)

2. Defina los siguientes conceptos con base en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

a) Persona con discapacidad

b) Discriminación por motivos de discapacidad

c) Diseño universal

d) Ajuste razonable

3. Con base en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad señale si es verdadera o falsa cada oración.

a) Los Estados Parte deben adoptar medidas encaminadas a lograr la accesibilidad de las personas con discapacidad _____

b) Las personas con discapacidad tienen derecho al acceso a la justicia de manera diferenciada _____

- c) El derecho a la independencia y la inclusión reconoce la posibilidad de vivir en igualdad de circunstancias dentro de la comunidad _____
- d) No es necesario que los servicios de salud incluyan la pronta detección de nuevas discapacidades _____

4. ¿Qué objetivo tiene el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?

5. Defina el concepto de discapacidad en términos de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

6. Explique brevemente la integración y el funcionamiento del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

7. Mencione dos instrumentos internacionales no vinculantes en materia de los derechos de personas con discapacidad y que, además, sean anteriores a las dos convenciones analizadas.

a)

b)

8. Señale tres ideales adoptados por el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad.

9. ¿En qué consiste la modificación del *status quo* a la que hace referencia la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?

--

10. Señale cuatro problemas que dificultan la aplicación correcta de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

a)
b)
c)
d)



AUTOEVALUACIÓN

1. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad entró en vigor el...
 - a) 3 de mayo de 2008
 - b) 14 de septiembre de 2001
 - c) 14 de septiembre de 1998
 - d) 3 de mayo de 2007

2. Este concepto se refiere a las modificaciones y adaptaciones necesarias que no impongan una carga desproporcionada para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.
 - a) Diseño universal
 - b) Accesibilidad
 - c) Ajuste razonable
 - d) Discapacidad

3. Este derecho consiste en el deber de los Estados de adoptar medidas tendientes a asegurar el acceso de las personas con discapacidad al entorno físico, transporte, información y comunicaciones, así como a los edificios, vías públicas, servicios electrónicos y de emergencia.
 - a) Ajuste razonable
 - b) Accesibilidad
 - c) Libertad de tránsito
 - d) Movilidad

4. Esta Convención define a la _____ como una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.
- a) Persona con discapacidad
 - b) Discriminación por motivos de discapacidad
 - c) Discapacidad
 - d) Inclusión social
5. Modelo que caracterizaba a los instrumentos internacionales en materia de discapacidad durante la década de 1970.
- a) Modelo social
 - b) Modelo guardián
 - c) Modelo liberal
 - d) Modelo asistencial
6. Un aspecto cuestionable de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es:
- a) No proteger derechos humanos
 - b) No definir a la discapacidad
 - c) No ser suficientemente clara
 - d) No distinguir entre derechos civiles y políticos y derechos económicos sociales y culturales
7. La modificación del *status quo* enmarcada en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se refiere a:
- a) Incitar a la población a que emita su voto en elecciones
 - b) Incitar a la población a luchar y defender los derechos humanos
 - c) Eliminar todo tipo de prejuicios que inciten la discriminación
 - d) Fomentar todo tipo de prejuicios que inciten la discriminación
8. Paradigma que se traduce en la obligación estatal de adoptar medidas de modificación del entorno físico y comunicativo ya existente, y de los patrones de su producción hacia el futuro.
- a) Paradigma asistencial
 - b) Paradigma de accesibilidad
 - c) Paradigma paternalista
 - d) Paradigma social

9. Esta Convención cuenta con un Protocolo Facultativo que establece un Comité que es capaz de recibir quejas o peticiones de todas aquellas víctimas de discriminación por motivos de discapacidad.

- a) Convención sobre los Derechos del Niño
- b) Convención Interamericana de Derechos Humanos
- c) Convención Interamericana para Eliminar Todas las Formas de Discriminación en contra de las Personas con Discapacidad
- d) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

10. El hecho de que la legislación federal y estatal de nuestro país no se encuentre acorde a los estándares que establece la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se traduce en:

- a) Una vía para la correcta aplicación de la Convención
- b) Un llamado de atención para que no se firmen más tratados internacionales
- c) Un problema para la correcta aplicación de la Convención
- d) Una duda sobre los estándares establecidos en la Convención

CLAVES DE RESPUESTA

CURSO I	CURSO II	CURSO III	CURSO IV	CURSO V	CURSO VI
1. d	1. b	1. c	1. a	1. a	1. a
2. c	2. b	2. b	2. d	2. c	2. c
3. a	3. c	3. c	3. a	3. b	3. b
4. c	4. a	4. c	4. c	4. c	4. c
5. b	5. d	5. d	5. a	5. b	5. d
6. a	6. a	6. c	6. b	6. d	6. d
7. d	7. c	7. a	7. c	7. c	7. c
8. c	8. b	8. d	8. c	8. b	8. b
9. d	9. c	9. b	9. a	9. c	9. d
10. a	10. b	10. c	10. d	10. b	10. c

Temas selectos sobre derechos humanos para la actualización profesional
se terminó de imprimir en julio de 2010
en los talleres de Corporación Mexicana de Impresión, S. A. de C. V.,
General Victoriano Zepeda 22, col. Observatorio, del. Miguel Hidalgo,
11860 México, D. F. Para su composición se utilizaron tipos
Rotis Sans Serif de 11:14 y Frutiger de 11, 14 y 36 pts.
El tiro fue de 100 ejemplares impresos en papel bond de 75 g.