

ISSN 1015-5074

PRESENTACIÓN
José Thompson J.

L'EXPANSION DE LA JURIDICTION ET LA RESPONSABILITÉ
INTERNATIONALES ET LA PRIMAUTÉ DU DROIT
Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
EN LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: HISTORIA Y ACTUALIDAD
Fabián Salvioli

RESTRICCIÓN DEL DERECHO A VOTO DE LAS PERSONAS
PRIVADAS DE LIBERTAD. UNA APROXIMACIÓN SOCIOECONÓMICA
Goodfred Schwendenwein

THE CASE OF **GELMAN v. URUGUAY**: A CASE OF HUMAN TRAFFICKING
Raimy Reyes

EL USO DE LA FUERZA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH:
RETOS PARA UNA GARANTÍA ADECUADA DE LOS DERECHOS HUMANOS
Emilio G. Terán Andrade

BENEFICIOS PENITENCIARIOS A CONDENADOS POR DELITOS DE LESA HUMANIDAD
María José Jara Leiva

O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E A PAZ NA AMÉRICA LATINA
Mariane Monteiro da Costa

LA CONDITION JURIDIQUE DE L'INDIVIDU COMME SUJET
DE DROIT DANS LE DROIT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMM
Pascal JEAN-BAPTISTE

MOVILIDAD HUMANA Y DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL:
UNA SINERGIA URGENTE Y NECESARIA
Valentina Lucio Paredes Aulestia
Víctor D. Cabezas Albán

VISAS HUMANITARIAS. LA EXPERIENCIA DEL PROGRAMA SIRIA EN ARGENTINA
María Soledad Figueroa
María José Marcogliese

PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN ZONAS DE FRONTERA: REVISIÓN DE
POLÍTICAS ESTATALES A LA LUZ DE LAS DECISIONES
DE LOS SISTEMAS EUROPEO E INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN
DE DERECHOS HUMANOS
César Francisco Gallegos Pazmiño

DESPLAZAMIENTO INTERNO, AMBIENTE Y DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA
Ignacio Odriozola
Fernanda de Salles Cavedon-Capdeville
Erika Pires Ramos

69

Enero - Junio 2019

REVISTA

IIDH INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

69



Enero - Junio 2019



Embajada de Noruega
Ciudad de México

REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2019 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Corrección de estilo: José Benjamín Cuéllar M.

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca Salom

Impresión litográfica: Litografía Versalles

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica

Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955

e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr

www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación	7
<i>José Thompson J.</i>	
L'EXPANSION DE LA JURIDICTION ET LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALES ET LA PRIMAUTÉ DU DROIT	13
<i>Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE</i>	
La protección de los derechos humanos en la Organización de las Naciones Unidas: historia y actualidad	31
<i>Fabián Salvioli</i>	
Restricción del derecho a voto de las personas privadas de libertad. Una aproximación socioeconómica	123
<i>Goodfred Schwendenwein</i>	
The case of Gelman v. Uruguay: a case of human trafficking	157
<i>Raimy Reyes</i>	
El uso de la fuerza en la jurisprudencia de la Corte IDH: retos para una garantía adecuada de los derechos humanos	195
<i>Emilio G. Terán Andrade</i>	
Beneficios penitenciarios a condenados por delitos de lesa humanidad	229
<i>María José Jara Leiva</i>	

O Sistema Interamericano de Derechos Humanos e a Paz na América Latina	261
<i>Mariane Monteiro da Costa</i>	
La condition juridique de l'individu comme sujet de droit dans le droit interaméricain des droits de l'homme.....	291
<i>Pascal JEAN-BAPTISTE</i>	
Movilidad humana y derecho a la seguridad social: una sinergia urgente y necesaria	337
<i>Valentina Lucio Paredes Aulestia</i> <i>Víctor D. Cabezas Albán</i>	
Visas humanitarias. La experiencia del Programa Siria en Argentina.....	365
<i>María Soledad Figueroa</i> <i>María José Marcogliese</i>	
Protección internacional en zonas de frontera: revisión de políticas estatales a la luz de las decisiones de los sistemas europeo e interamericano de protección de derechos humanos	395
<i>César Francisco Gallegos Pazmiño</i>	
Desplazamiento interno, ambiente y derechos humanos en América Latina.....	439
<i>Ignacio Odriozola</i> <i>Fernanda de Salles Cavedon-Capdeville</i> <i>Erika Pires Ramos</i>	

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (en adelante “el IIDH”) presenta el número 69 de su revista institucional. En esta oportunidad, la edición no se limitó a una sola temática sino que recoge artículos en diversas materias relevantes para la realidad de nuestra región. Adicionalmente, tomando en cuenta las cuestiones de inseguridad y desigualdad que aquejan a varios países dentro de la misma –generadoras de amenazas que han obligado a migrar a cientos de miles de personas– así como los desafíos que esto implica para la garantía de derechos, es que también se han incluido opiniones especializadas en lo relativo a la movilidad humana, los movimientos migratorios, los desplazamientos internos y fronterizos así como de las solicitudes de refugio. Todo ello, en el ámbito de los derechos humanos.

Este número de la Revista también resulta especial, ya que es el primero que se publica bajo la consideración de su recién constituido Consejo Consultivo Editorial (en adelante “el CCE”) presidido por don Antônio A. Cançado Trindade y con la participación de Mónica Pinto, Margaret Crahan, Fabián Salvioli y Renato Zerbini, quienes gracias a su trayectoria y relevantes aportes al movimiento regional de derechos humanos favorecerán el fortalecimiento permanente de esta publicación oficial.

En tal sentido, es un gusto para el IIDH presentar los artículos que forman parte de este número e invitar a la comunidad académica a que utilice estos recursos para la promoción y protección de derechos humanos que realicen desde sus propias prácticas y mandatos.

Para empezar, es de gran valía contar en el presente número con dos artículos escritos por miembros del CCE. Al respecto, Antônio A. Cançado –autor de *L'EXPANSION DE LA JURIDICTION ET LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALES ET LA PRIMAUTÉ DU DROIT*– identifica la evolución del derecho internacional contemporáneo y reconoce la necesidad de enfrentar los nuevos desafíos que se plantean; asimismo, aborda la temática de la expansión de la jurisdicción en la búsqueda de la realización de la justicia, la responsabilidad y el Estado de derecho en el ámbito internacional.

Por su parte, Fabián Salvioli –en *La protección de los derechos humanos en la Organización de las Naciones Unidas: historia y actualidad*– nos invita a recorrer la evolución de los derechos humanos motivada por la necesidad de su universalización, desde la preocupación internacional por los crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial hasta los mecanismos de tutela de derechos humanos vigentes y las problemáticas actuales a las que se han tenido que enfrentar los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas.

Por otro lado, Goodfred Schwendenwein –autor de *Restricción del derecho a voto de las personas privadas de libertad. Una aproximación socioeconómica*– puntualiza cómo las personas privadas de libertad son invisibilizadas y sus derechos políticos vulnerados bajo el paradigma del castigo del sistema carcelario, al limitárseles en algunos países su derecho al voto. Asimismo, explora las posturas que las naciones podrían adoptar al respecto en congruencia con la democracia y los valores que intentan proteger los derechos humanos.

Raimy Reyes, en *The case of Gelman v. Uruguay: a case of human trafficking*, visibiliza las diversas formas de esclavitud

moderna en contraste con los derechos humanos que intentan prohibirlas. Examina cómo se ha interpretado el artículo 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana”) en diversos casos; en ese marco, argumenta que los hechos ocurridos en el caso de Gelman contra Uruguay constituyeron trata de personas y explica cómo considera que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte IDH”) debió haber determinado y declarado la responsabilidad del Estado.

En *El uso de la fuerza en la jurisprudencia de la Corte IDH: retos para una garantía adecuada de los derechos humanos*, Emilio G. Terán Andrade analiza la coerción estatal considerando el rol de las instituciones, el funcionariado y las sentencias que ha emitido la Corte IDH; además, identifica los estándares internacionales y la jurisprudencia regional en torno al uso de la fuerza. Finalmente, realiza un estudio sobre los retos que se han encontrado en el camino para garantizar los derechos humanos –de manera efectiva– cuando se deba emplear la fuerza.

María José Jara Leiva, en *Beneficios penitenciarios a condenados por delitos de lesa humanidad*, analiza su otorgamiento a la luz de los estándares del sistema interamericano de derechos humanos (en adelante “el sistema interamericano”); asimismo, evidencia las tensiones que pueden existir entre la necesidad de otorgar dichos beneficios y el deber estatal de sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos. Al respecto, la autora explica la solución que ha entregado la Corte IDH conciliando ambas obligaciones internacionales y buscando que se disminuyan las tensiones surgidas en tal escenario; también, facilitando la labor de los jueces internos al momento de ejercer el control de convencionalidad y ofreciendo una sistematización de los criterios respectivos.

Mariane Monteiro da Costa, en *O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Paz na América Latina*, plantea cómo este contribuye a la búsqueda y la consolidación de tal aspiración en la subregión. Asociando lo anterior con la Convención Americana, realza la importancia de la participación de los Estados en la protección de los derechos humanos y argumenta cómo el sistema interamericano puede corroborar la paz en la región a partir de dos casos litigados en la Corte IDH.

Pascal Jean-Baptiste, en *La condition juridique de l'individu comme sujet de droit dans le droit interaméricain des droits de l'homme*, analiza diferentes perspectivas de la condición jurídica del individuo como sujeto de derecho en el ámbito interamericano. El estudio avanza desde la concepción de la persona como sujeto del derecho internacional, el derecho interamericano (su normativa y particularidades procedimentales), y las distinciones entre los “sujetos de derechos” y “titulares de derechos”. Tras el análisis, se plantean los escenarios y debates que de acuerdo a la concepción de la condición jurídica del individuo que se tenga, podrían permitir –o no– el acceso directo de la persona a la Corte IDH a futuro.

Por otra parte, en el ensayo *Movilidad humana y derecho a la seguridad social: una sinergia urgente y necesaria*, los autores Valentina Lucio Paredes Aulestia y Víctor D. Cabezas Albán abordan los orígenes, el desarrollo, los principios y las principales prestaciones de la seguridad social. A partir de ello, exploran el tratamiento que se le ha dado a esta en los diversos sistemas de derechos humanos. Analizan también los estándares aplicables en el contexto de procesos de movilidad humana y examinan las directrices de los organismos internacionales especializados, así como las experiencias que los países han desarrollado para su garantía. Finalmente, presentan recomendaciones concretas

para que los Estados puedan diseñar políticas públicas sobre la materia en el contexto de procesos de movilidad humana.

Las coautoras María Soledad Figueroa y María José Marcogliese –en *Visas humanitarias. La experiencia del Programa Siria en Argentina*– ante las situaciones de desplazamiento humano forzado, presentan y discuten esta como respuesta para el caso argentino. En ese marco, examinan el desarrollo de la implementación de programas de visas humanitarias en áreas de conflicto armado con la finalidad de favorecer la coordinación y el apoyo entre distintos actores de la sociedad civil, individuos y gobiernos, utilizando como referencia el caso sirio.

En *Protección internacional en zonas de frontera: revisión de políticas estatales a la luz de las decisiones de los sistemas europeo e interamericano de protección de derechos humanos*, César Francisco Gallegos Pazmiño expone los conflictos a los que se enfrentan los Estados cuando por una parte tienen que lidiar con sus compromisos de derecho internacional, a la vez que ejercen soberanía sobre sus fronteras. Al respecto, el autor examina la forma en que los Estados tratan a las y los solicitantes de asilo que buscan ingresar a su jurisdicción territorial, en contraste con la manera cómo deberían tratarlos.

En *Desplazamiento interno, ambiente y derechos humanos en América Latina*, las autoras Fernanda de Salles Cavedon-Capdeville y Erika Pires Ramos junto a Ignacio Odriozola, abordan la temática de la movilidad humana en América Latina que es producto del cambio climático generador de riesgos y desastres naturales. Puntualizan la urgencia de adoptar medidas al respecto, ante la inexistencia actual de instrumentos internacionales o regionales vinculantes que reconozcan y protejan a las personas desplazadas por motivos ambientales.

Finalizo esta presentación agradeciendo a la cooperación noruega que hace posible la producción y difusión de la Revista, al CCE por sus aportes y valoraciones, y a las autoras y los autores por los artículos que elaboraron para esta nueva edición, los que valiosamente contribuyen al debate y a la búsqueda de soluciones en lo relativo a asuntos de actualidad y relevancia en el campo de los derechos humanos.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH

L'EXPANSION DE LA JURIDICTION ET LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALES ET LA PRIMAUTÉ DU DROIT*

*Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE ***

Je me permets, tout d'abord, remercier les organisateurs de cette Conférence Internationale, dans la personne de l'Ambassadeur Professeur Stelios Perrakis, et la Mairie de la ville de Nafplio, de m'inviter à adresser cette séance inaugurale aujourd'hui, le 11 mai 2018, et de m'accorder le titre honorifique «*A. Polyzoidis et G. Tertsetis - Pour la Justice et le Droit*», un grand honneur pour moi. Comme le thème de cette Conférence le reconnaît, nous vivons actuellement dans un moment de crise de valeurs, pas seulement en Europe mais dans tout le monde, avec des nouveaux défis à l'état de droit. Pour faire face à ces défis, je me propose aborder un développement contemporain positif, à savoir, celui de l'expansion de la juridiction et la responsabilité internationales et la primauté du droit.

La coexistence de multiples juridictions internationales contemporaines est un signe de notre temps, qui traduit la

* Adresse délivrée par l'Auteur à la Conférence Internationale sur «La Sauvegarde des Institutions Démocratiques dans une Europe en crise: défis et réponses», réalisée à Nafplio, Grèce, le 11 mai 2018.

** Juge à la Cour Internationale de Justice (La Haye); Ancien Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme; Professeur Émérite de Droit International de l'Université de Brasilia, Brésil; Membre Titulaire de l'*Institut de Droit International*, et du *Curatorium* de l'Académie de Droit International de La Haye.

manière dont le droit international contemporain a évolué, pour être plus attentif à la réalisation de la justice. Ce processus de *juridictionnalisation*, de quête de la réalisation de la justice en droit international, témoigne en outre des efforts actuellement déployés pour instaurer un ordre juridique soucieux de faire prévaloir l'état de droit (*rule of law*) dans les sociétés démocratiques. Il représente de surcroît une reconnaissance appréciable de la primauté du droit sur la force et de l'opportunité des moyens judiciaires de règlement de différends, écartant toute soumission au volontarisme des Etats.

La consolidation d'une juridiction internationale élargie est un signe rassurant de l'évolution d'un ordre juridique international qui, de nos jours, accorde une place de moins en moins centrale à l'Etat et est de plus en plus attentif aux besoins essentiels des êtres humains et de l'ensemble de l'humanité. La réalisation de la justice est l'un de ces besoins. Il a fallu beaucoup de temps pour y parvenir. En réalité, depuis les écrits et les idées visionnaires d'auteurs issus de divers horizons, - tels que B.C.J. Loder, Nicolas Politis, Jean Spiropoulos, Alejandro Álvarez, André Mandelstam, Raul Fernandes, René Cassin, Georges Scelle, Hersch Lauterpacht ou John Humphrey, - il a fallu attendre des dizaines d'années avant d'assister à l'évolution actuelle vers la réalisation de la justice internationale.

Il existe aujourd'hui un grand nombre de juridictions internationales. Certaines sont universelles (comme la Cour internationale de Justice). D'autres opèrent dans le domaine relevant de leur compétence *ratione materiae* ou *ratione loci*. C'est le cas notamment des cours internationales des droits de l'homme, des juridictions pénales internationales, du Tribunal du droit de la mer, des instances d'intégration (économique) régionale ou sousrégionale. De nos jours, la coexistence de juridictions internationales contemporaines enrichit, plus qu'elle ne menace,

l'unité du droit international; elle renforce, plus qu'elle ne sape, les fondements du droit international.

Il est également rassurant de constater que, au sein de l'Organisation des Nations Unies, depuis le sommet mondial de cette organisation internationale, qui s'est tenu en 2005, la question de la prééminence du droit tant au niveau national qu'au niveau international¹ a enfin commencé à être au centre des préoccupations, et elle y reste jusqu'à présent (mi-2018). Peu après l'adoption, en 2005, du *Document final du sommet mondial*, l'attention du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a été appelée sur la nécessité d'approfondir cette question, étant donné que les dimensions internationale et nationale de l'état de droit étaient «intimement» liées, et que le renforcement de l'état de droit au niveau international avait donc des effets directs sur l'état de droit au niveau national².

En 2006, dans le prolongement du compromis qui avait été trouvé à cette fin au sommet mondial des Nations Unies de 2005, la VIème Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies a été saisie de cette question pour l'examiner plus avant et a recommandé, le 17 novembre 2006, de la traiter en ayant présent à l'esprit les «valeurs et principes fondamentaux des Nations Unies»³. L'Assemblée générale a pour sa part approuvé cette recommandation dans sa résolution intitulée «*L'état de droit aux niveaux national et international*», adoptée

1 Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies A/Res/60 (1), 2005.

2 Annexe de la lettre datée du 11.05.2006, adressée au Secrétaire Général par les représentants permanents du Liechtenstein et du Mexique auprès de l'Organisation des Nations Unies, Nations Unies, *in doc. A/61/142*, par. 2, et cf. aussi par. 4.

3 Nations Unies, *Rapport de la VIème Commission*, Nations Unies, *doc. A/61/456*, du 17.11.2006, p. 3, par. 9.

le 18 décembre 2006⁴. Depuis lors, la question figure à l'ordre du jour de l'Assemblée générale qui, entre 2006 et aujourd'hui (mi-2018), a adopté une série de résolutions à cet égard⁵.

Cette évolution s'accompagne de l'abandon définitif de l'approche de l'ordre juridique international centrée sur l'Etat. Avec la création et l'entrée en activité de nouvelles juridictions internationales, on assiste à une augmentation considérable du nombre de *justiciables* au niveau international; les Etats ont perdu le monopole, qu'ils ont longtemps détenu, de l'accès à la justice internationale⁶. De nos jours, cet accès s'étend à juste titre à d'autres sujets du droit international⁷, et notamment aux

4 Assemblée Générale des Nations Unies, résolution A/Res/61/39, du 18.12.2006, pars. 1-5.

5 Assemblée Générale des Nations Unies, résolutions A/Res/62/70, du 06.12.2007; A/Res/63/128, du 11.12.2008; A/Res/64/116, du 16.12.2009; A/Res/65/32, du 06.12.2010; A/Res/66/102, du 09.12.2011; A/Res/67/97, du 14.12.2012; A/Res/68/116, du 16.12.2013; A/Res/69/123, du 10.12.2014; A/Res/70/118, du 14.12.2015; A/Res/71/148, du 13.12.2016; et A/Res/72/119, du 07.12.2017.

6 Le fait que ce thème est examiné au plus haut niveau par l'Organisation des Nations Unies semble témoigner d'une nouvelle prise de conscience de la nécessité urgente d'assurer la préservation et le renforcement de l'état de droit sur les plans national et international. Et dans ce domaine, un rôle de la plus haute importance est réservé au droit à l'accès direct à la justice au niveau national et international. - Pour un étude général sur l'accès des individus à la justice internationale, cf. A.A. Cançado Trindade, *El Derecho de Acceso a la Justicia en Su Amplia Dimensión*, 2ème. éd., Santiago de Chile, Ed. Librotecnia, 2012, pp. 79-574; A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1-236; S. Perrakis, "La réparation de victimes des violations du droit humanitaire et le droit individuel d'accès à la justice: État de lieu et perspectives d'avenir", in *International Law and the Protection of Humanity - Essays in Honour of F. Lattanzi* (eds. P. Acconci et alii), Leiden, Brill/Nijhoff, 2017, pp. 280-293.

7 H. Ascensio, «La notion de juridiction internationale en question», in *La juridictionnalisation du Droit international* (Colloque de la SFDI de Lille de 2002), Paris, Pédone, p. 198; H. Ruiz Fabri et JM. Sorel (eds.), *La saisine des*

particuliers⁸. La réalisation de la justice devient un objectif commun, et convergent, de l'ordre juridique national et de l'ordre juridique international. Tous deux témoignent de l'unité du droit dans la réalisation de la justice, ce qui est un reflet de notre époque.

Les juridictions internationales contemporaines jouent un rôle décisif dans *l'élargissement de la juridiction internationale*, ainsi que dans l'affirmation et la consolidation de la personnalité et de la capacité juridiques internationales de l'être humain, à la fois en tant que sujet actif (devant les juridictions internationales des droits de l'homme) aussi que passif (devant les juridictions pénales internationales) du droit international. De même, les juridictions internationales contemporaines contribuent à l'élargissement du domaine de la *responsabilité internationale*.

Ainsi, outre la responsabilité internationale des États et des organisations internationales, celle des particuliers est-elle aussi affirmée de nos jours. A cet égard, on peut citer en exemple la création par l'Organisation des Nations Unies des deux tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* pour l'exYougoslavie et pour le Rwanda (en 1993 et en 1994 respectivement) qui viennent d'achever leurs mandats (le TPIY en 27.12.2017, et le TIPR en 31.12.2015), et dont l'héritage influera sur l'évolution future du droit pénal international⁹. Un autre exemple est l'adoption

juridictions internationales, Paris, Pédone, 2006, pp. 219-222 et 304.

8 A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 1-188.

9 Cf. à ce sujet, [Divers auteurs,] *L'année des bilans (2007): Leçons et perspectives face à la clôture des premiers tribunaux internationaux*, Paris, I.J.T., 2007, pp. 11-119 ; TIPY, *ICTY Manual on Developed Practices, as Part of a Project to Preserve the Legacy of the ICTY*, La Haye/Turin, ICTY/UNICRI, 2009, pp. 1-219.

du Statut de la Cour pénale internationale à Rome en 1998. La subjectivité internationale des particuliers devient donc inéluctablement liée au thème de la responsabilité internationale (limitée par le passé à celle des Etats, et récemment élargie à celle des organisations internationales)¹⁰.

La Charte des Nations Unies elle-même (article 95) laisse prévoir la création de nouveaux tribunaux internationaux, et aucune disposition de cet instrument, ni même le Statut de la CIJ, ne réserve à cette dernière le monopole du règlement (judiciaire) pacifique des différends internationaux, ou ne lui subordonne indument ces autres tribunaux internationaux. Le plus important ici, c'est la nécessité de réaliser la justice au niveau international et, à cette fin, le droit international contemporain se trouve mieux équipé grâce à ces nouvelles juridictions internationales.

La coordination et le dialogue entre les juridictions internationales jouent un rôle important, étant donné qu'à nombre d'égards, les efforts déployés par ces institutions sont complémentaires. Chaque juridiction internationale a son importance, selon le domaine du droit international dont il est question. En dernière analyse, ce qui importe vraiment, c'est la réalisation de la justice internationale plutôt qu'une vaine recherche d'antagonismes sans intérêt. Il n'y a pas de hiérarchie entre les juridictions internationales et chacune d'entre elles doit s'attacher, avant tout, à rendre d'excellents jugements.

Les cours internationales des droits de l'homme sont parvenues à une certaine coordination de leur travail. Pendant les cinq années où j'ai eu l'honneur de présider la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH, de 1999

10 Cf. A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 6^e éd., Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2014, ch. XXVII, pp. 611-619, et cf. pp. 697-725.

à 2004), des réunions annuelles de délégations de cette dernière et de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) ont été organisées (en alternance, à San José du Costa Rica et à Strasbourg), débouchant sur un dialogue fructueux et stimulant une fertilisation jurisprudentielle enrichissante dans les années qui ont suivis (voir plus haut). Ces deux juridictions, ainsi que la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples nouvellement créée, ont tenu leur première réunion conjointe à Strasbourg le 8 et le 9 décembre 2008¹¹.

On ne peut manquer de s'apercevoir que les affaires portées devant les juridictions internationales représentent seulement une infime partie des nombreuses injustices et exactions quotidiennement commises contre des êtres humains et des populations dans le monde entier. C'est cela qui devrait préoccuper les juristes internationaux, et non les faux problèmes qui mettent l'accent sur la délimitation des compétences ou sur la concurrence entre les institutions. Il importe que toutes les juridictions internationales contemporaines agissent de manière régulière et sans répit dans le monde brutal où nous vivons.

L'harmonie institutionnelle et jurisprudentielle entre les juridictions internationales contemporaines ne peut être réalisée qu'en maintenant un dialogue marqué par le respect mutuel, et non en s'éparpillant dans la recherche d'une suprématie des unes sur les autres, laquelle n'existe pas et ne saurait exister. En somme, la multiplicité et l'expansion des juridictions internationales est, selon moi, un phénomène extrêmement rassurant, étant donné

11 Au sujet de cette réunion, cf. A.A. Cançado Trindade, «Quelques réflexions à l'occasion de la première Réunion des trois Cours régionales des droits de l'homme», 9 *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* (2009) pp. 229-239; Ph. Weckel, «La justice internationale et le soixantième anniversaire de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme», 113 *Revue générale de droit international public* (2009) pp. 5-17.

qu'il est toujours mieux de régler des contentieux de diverses natures en se fondant sur la primauté du droit et par des moyens judiciaires, et non par un recours unilatéral à la force que rien ne justifie. La réalisation de la justice sur le plan international est le dénominateur commun qui doit réunir tous les tribunaux internationaux et guider ou orienter leur travail.

La coexistence de nombreuses juridictions internationales contemporaines a fait prendre conscience de l'urgente nécessité d'une coordination de leurs activités. C'est ainsi qu'à deux reprises, ces dix dernières années, ces institutions se sont réunies pour entamer un dialogue. Cela s'est passé à l'occasion, respectivement, du cinquantième anniversaire de la Cour de justice des Communautés européennes (tribunal de l'Union européenne) à Luxembourg les 3 et 4 décembre 2002, et du centenaire de la création de l'ancienne Cour de justice centraméricaine, à Managua, les 4 et 5 octobre 2007. La réunion de Luxembourg s'est déroulée en présence des présidents de six juridictions internationales¹² et de juges d'autres juridictions.

Dans le dialogue qui a suivi, dialogue précisément axé sur la coexistence des juridictions internationales contemporaines, a prévalu l'idée selon laquelle il fallait chercher à établir entre elles la meilleure coordination possible (et aussi à éviter des contradictions jurisprudentielles), compte tenu des caractéristiques des compétences propres à chacune, et de l'absence de hiérarchie parmi elles. Une attention particulière

12 Les Présidents, de la Cour hôte, le Juge G.C. Rodríguez Iglesias; de la Cour internationale de Justice, le Juge G. Guillaume; de la Cour européenne des droits de l'homme, le Juge L. Wildhaber; de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, le Juge A.A. Cançado Trindade; de la Cour de justice de la communauté andine, le Juge R. Vigil Toledo; et de la Cour de justice centraméricaine, le Juge R. Chamorro Mora.

a été accordée, à partir de ce moment, à la coordination entre deux juridictions internationales, la Cour de justice des Communautés européennes (Luxembourg) et la Cour européenne des droits de l'homme (Strasbourg). Cela a permis d'apaiser les tensions qui s'étaient fait jour entre ces deux juridictions, et a beaucoup contribué depuis lors à une meilleure coordination de leurs activités. Il est important de noter que cette réunion, la première de ce genre, a jeté des bases propices au dialogue interinstitutionnel entre les juridictions internationales contemporaines, créant entre elles un climat de plus grande confiance réciproque.

Cinq ans plus tard, les juridictions internationales se sont de nouveau réunies, les 4 et 5 octobre 2007 à Managua, au Nicaragua, cette fois à l'invitation de la Cour de justice centraméricaine. Des juges de onze institutions ont participé à cette réunion¹³ et se sont répartis en trois commissions de travail : une commission composée de représentants des trois juridictions à caractère universel, une deuxième de ceux des trois cours régionales des droits de l'homme et une troisième de ceux des autres tribunaux d'intégration (économique) régionale ou sousrégionale. Contrairement à la réunion de Luxembourg en 2002 (voir plus haut), la réunion de Managua en 2007 a donné lieu à l'adoption d'un document final (le *Communiqué de Managua* de 2007) ; étant donné que cette réunion était

13 Des juridictions à caractère universel (la Cour internationale de Justice, le tribunal international pour le droit de la mer et la Cour pénale internationale), et régional (la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, la Cour de justice des Communautés européennes, la Cour de justice centraméricaine, la Cour de justice de la communauté andine, la Cour de justice du CARICOM, le Tribunal permanent de révision du Mercosur).

organisée pour célébrer le centenaire de la création de l'ancienne Cour de justice centraméricaine (1907-1917), le communiqué a rendu hommage à la contribution novatrice de cette Cour à la reconnaissance du *jus standi* des particuliers devant la justice internationale¹⁴.

Le communiqué de Managua, qui a été adopté le 5 octobre 2007, réaffirme les principes et les buts de la Charte des Nations Unies, et les obligations qu'ont tous les Etats, en leur qualité de membres de la communauté internationale, de «respecter fidèlement les normes et les principes du droit international»¹⁵. Ce document souligne ensuite que «la finalité ultime de l'Etat de droit (*Estado de Derecho*) est la personne humaine et la protection des droits de celle-ci»¹⁶. Il indique en outre que l'établissement de juridictions internationales permanentes «constitue une contribution précieuse au renforcement du droit international», au profit d'un monde plus sûr et plus stable, «régé par le droit et la justice»¹⁷.

En reconnaissant que «la justice est consubstantielle à l'Etat de droit», le communiqué de Managua rappelle que l'établissement de juridictions internationales permanentes constitue «un progrès considérable» pour «l'humanité», dans les domaines «de la justice internationale générale, du droit relatif à l'intégration, des droits de

14 *Communiqué de Managua* de 2007, p. 3 (distribution interne). Et cf., à ce sujet, C.J. Gutiérrez, *La Corte de Justicia Centroamericana*, San José du Costa Rica, Ed. Juricentro, 1978, pp. 31-158; A.A. Cançado Trindade, «Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century», *24 Netherlands International Law Review* (1977) pp. 373-392, esp. p. 376-377.

15 *Communiqué...*, *cit. supra* n. (14), p. 2 (distribution interne).

16 *Ibid.*, p. 3.

17 *Ibid.*, p. 2.

l'homme, du droit de la mer et du droit pénal international»¹⁸. Je garde de très bons souvenirs des réunions de Luxembourg en 2002 et de Managua en 2007. Aujourd'hui, à la mi2018, il semble être grand temps d'envisager la possibilité de reprendre ce dialogue, à l'occasion d'une nouvelle réunion de ce type.

Je pense précisément que la multiplicité rassurante des juridictions internationales contemporaines, qui forment un réseau polycentrique, est révélatrice des progrès considérables qui ont été accomplis dans le domaine de la quête de la réalisation de l'idéal de justice internationale. Au lieu de menacer de «fragmenter» le droit international, les multiples juridictions internationales contemporaines ont permis de développer et de mener à bien la capacité pour le droit international de régir de manière efficace des relations qui ont leur particularité - sur le plan interétatique mais aussi sur le plan intraétatique, et qui supposent une connaissance spécialisée de la part des juges - de manière à répondre aux nouveaux besoins de la communauté internationale en matière de réalisation de la justice.

Dans le domaine qui est le leur, les Cours internationales des droits de l'homme contribuent à garantir le respect des obligations conventionnelles qu'ont les Etats de protéger tous les êtres humains relevant de leur juridiction. Avec l'évolution du droit international des droits de l'homme, c'est le droit international public lui-même qui se trouve justifié et légitimé, parce que s'affirment les principes, concepts et catégories juridiques relevant du domaine de protection en cause, sur la base de principes fondamentalement distincts de ceux qui ont guidé l'application de ses postulats au niveau des relations strictement interétatiques¹⁹.

18 *Ibid.*, p. 2.

19 Par l'application des traités relatifs aux droits de l'homme, dans le cadre du droit des traités, et également par le recours au droit international, on peut parfaitement

Le dialogue entre les Cours internationales des droits de l'homme (à l'instar de celui qui s'était établi de façon permanente entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans les années 1999-2004) a favorisé un esprit de confiance mutuelle et a ouvert la voie à une remarquable fertilisation jurisprudentielle. Les convergences qui en ont résulté dans leurs jurisprudences respectives se manifestent sous divers aspects, notamment celui des méthodes d'interprétation des conventions des droits de l'homme pertinentes.

Cette convergence des jurisprudences a favorisé une communauté de vues, sur le fait, par exemple, que les traités relatifs aux droits de l'homme sont dotés d'une nature spéciale (par opposition aux traités multilatéraux de type traditionnel); qu'ils ont un caractère normatif, d'ordre public; que leurs termes doivent faire l'objet d'une interprétation autonome; que leur application doit s'accompagner d'une protection effective des droits garantis (effet utile); que les obligations énoncées dans ces instruments ont un caractère objectif, et doivent être dûment respectées par les Etats parties, qui ont par ailleurs l'obligation commune d'exercer la garantie collective des droits protégés.

Par ailleurs, l'interprétation dynamique ou évolutive de leurs conventions des droits de l'homme respectives (la dimension intertemporelle) a été l'objectif tant de la Cour européenne²⁰

développer l'aptitude du droit international à régir de manière adéquate les relations juridiques tant au niveau tant interétatique qu'intraétatique, en conformité avec les traités de protection qui s'y rapportent. L'unité et l'efficacité du droit international public lui-même peut être justement mesurée par sa capacité à régir de la même manière les relations juridiques dans divers contextes.

20 Cf. aussi, notamment, les affaires *Tyrer c. Royaume Uni*, 1978; *Airey c. Irlande*, 1979; *Marckx c. Belgique*, 1979; *Dudgeon c. Royaume Uni*, 1981.

que de la Cour interaméricaine²¹. L'une et l'autre ont posé, à juste titre, des limites au volontarisme des États, ont préservé l'intégrité de leurs Conventions respectives et la primauté des considérations d'ordre public sur la volonté des différents États, ont défini des critères plus stricts en ce qui concerne le comportement des États et établi un certain degré de contrôle sur l'application de restrictions non justifiées par les États et ont, fait rassurant, renforcé la position des particuliers en tant que sujets de droit international relatif aux droits de l'homme, dotés d'une pleine capacité procédurale.

Les juridictions internationales des droits de l'homme se sont livrées à une interprétation jurisprudentielle remarquable du droit *d'accès à la justice* (et aux réparations) sur le plan international, contribuant ainsi à l'émancipation juridique de la personne humaine par rapport à son propre État. Le vieil idéal de *réalisation de la justice internationale* devient enfin réalité. Les traités relatifs aux droits de l'homme tels que les conventions européennes et américaines se sont ainsi, par cette interaction interprétative, renforcées mutuellement, dans l'intérêt supérieur des êtres humains. Cette interaction interprétative a, à sa manière, contribué à l'universalité du *corpus juris* sur la protection des droits de l'homme.

De ce qui précède on peut déduire une manifestation importante du processus historique actuel d'humanisation du

21 Cf., par exemple, l'avis consultatif n° 16 sur *Le Droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre de la garantie d'un procès équitable*, 1999; avis consultatif n° 18 sur *La condition juridique et les droits de migrants sans papier*, 2003. Dans son 16^e avis consultatif, avis novateur et d'une grande importance (il a inspiré la jurisprudence internationale *in statu nascendi* à ce sujet), la Cour interaméricaine des droits de l'homme a précisé que, selon son interprétation des normes de la convention américaine, elle devait élargir la protection à de nouvelles situations (telle que le respect du droit à l'information sur l'assistance consulaire) sur la base de droits préexistants.

droit international, qui tend vers le nouveau *jus gentium*, celui de notre temps, dans lequel une place importante est réservée aux principes généraux du droit. A cet égard, je pense que les principes généraux du droit sont conformes au *substratum* de l'ordre juridique lui-même, et semblent indispensables (le *jus necessarium*, distinct et allant bien au-delà du simple *jus voluntarium*), et expriment l'idée d'une «justice objective» (qui est propre au mode de pensée qui caractérise le droit naturel), de portée universelle. Après tout, ce sont les principes généraux du droit qui inspirent l'interprétation et l'application non seulement de normes juridiques, mais aussi du processus de création de droit lui-même²².

Dans cette perspective, la position essentielle d'une juridiction internationale ne peut être qu'une position de principe, qui ne permet pas de concessions non justifiées au volontarisme des Etats. C'est ce que j'ai rappelé à plusieurs occasions, notamment lorsque j'étais invité à l'inauguration de l'année judiciaire d'une cour homologue, la Cour européenne des droits de l'homme, dans la soirée du 22 avril 2004 au Palais des droits de l'homme à Strasbourg²³.

22 A. A. Cançado Trindade, «International Law for Humankind : Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I», 316 *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye* (2005) pp. 90-92.

23 J'avais alors estimé que les deux cours, la Cour européenne et la Cour interaméricaine des droits de l'homme avaient, sur la base de considérations relevant de l'ordre public international, bien défini les limites au volontarisme des Etats, préservant ainsi l'intégrité de leurs mécanismes respectifs de protection des droits de la personne humaine (comme le montrent notamment les décisions rendues par la Cour européenne dans les affaires *Belilos c. Suisse* (1988), *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires, 1995) et *Ilascu, Lesco, Ivantoc et Petrov-Popa c. Moldova et Fédération de Russie* (2001), ainsi que les décisions de la Cour interaméricaine dans les affaires du *Tribunal constitutionnel et Ivcher Bronstein c. Pérou* (compétence, 1999), et *Hilaire, Constantine et Benjamin et alli c. TrinitéetTobago* (exceptions préliminaires, 2001). In : «Discours de A.A. Cançado Trindade, Président de la Cour interaméricaine

En somme, nous assistons de nos jours à l'avènement du nouveau jus gentium, celui de notre époque, qui met l'accent sur la personne humaine²⁴ et, en définitive, sur l'humanité²⁵. Alors, les États et les organisations internationales ne sont plus les seuls sujets du droit international, dotés d'une capacité juridique internationale. L'expansion actuelle de la juridiction internationale s'accompagne *pari passu* de cette expansion de la personnalité et de la capacité juridiques internationales, comprenant celles des individus²⁶.

Le processus de juridictionnalisation que connaît actuellement le droit international se caractérise également par l'expansion de la responsabilité internationale. La multiplicité actuelle de juridictions internationales coexistantes, qui cherchent à travailler

des droits de l'homme», Cour européenne des droits de l'homme, *Rapport annuel 2003*, Strasbourg, CourEDH, 2004, p. 41-50; également reproduit in: A.A. Cançado Trindade, *El Desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos mediante el Funcionamiento y la Jurisprudencia de la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica/Strasbourg, IACtHR, 2007, pp. 41-42, par. 13.

24 Cf. A.A. Cançado Trindade, "Le Droit international contemporain et la personne humaine", 120 *Revue générale de Droit international public* (2016) pp. 497-514.

25 Cf. A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, 2e. éd. rév., Leiden/La Haye, Nijhoff/ Académie de Droit International de La Haye, 2013, pp. 1-726; A.A. Cançado Trindade, "L'humanité comme sujet du Droit international: nouvelles réflexions", 61 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (2012) pp. 57-83.

26 Cf. les affaires de la CIJ relatives aux *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Belgique c. Sénégal, mesures conservatoires, ordonnance du 28.05.2009), Opinion Dissidente du Juge Cançado Trindade, pars. 15-25; *Immunités juridictionnelles de l'Etat* (Allemagne c. Italie, demande reconventionnelle, ordonnance du 06.07.2010), Opinion Dissidente du Juge Cançado Trindade, pars. 101-179; Avis Consultatif (du 22.07.2010) sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, Opinion Individuelle du Juge Cançado Trindade, pars. 169-240; affaire *Ahmadou Sadio Diallo* (Guinée c. R.D. Congo, arrêt du 30.11.2010), Opinion Individuelle du Juge Cançado Trindade, pars. 88-92 et 200-245.

de manière coordonnée, a permis d'affirmer et de développer la capacité, pour le droit international contemporain, d'assurer l'accès à la justice et de régir de manière efficace les relations tant au niveau interétatique qu'intraétatique, au profit des êtres humains. Dans le travail de ces juridictions, une place importante est accordée aux principes généraux du droit, ce qui est conforme au *substratum* de l'ordre juridique lui-même et traduit l'idée d'une justice objective, de portée universelle.

Dans l'actualité, la communauté internationale compte heureusement sur un large éventail de tribunaux internationaux, jugeant des affaires qui se déroulent au niveaux *interétatique*, aussi bien qu'au niveau *intra-étatique*. Cela nous invite à aborder leur travail sous le bon angle des *justiciables* eux-mêmes et nous rapproche de leur mission commune de parvenir à la réalisation de la justice internationale, soit au niveau *interétatique*, soit au niveau *intra-étatique*. L'importance des tribunaux internationaux contemporains s'est faite accompagnée d'une attention croissante, accordée ces dernières années (2006-2018), à l'*état de droit* dans l'ordre du jour de l'Assemblée Générale des Nations Unies.

De nos jours, les tribunaux internationaux ont ainsi enrichi et renforcé droit international contemporain, qui est ainsi devenu plus sensible à la satisfaction des besoins basiques de la communauté internationale, des personnes humaines, parmi lesquels celui de la réalisation de la justice. Du point de vue des besoins de protection des *justiciables*, chaque tribunal international a son importance, dans un cadre plus large englobant les situations les plus distinctes à juger. Ils donnent ainsi leur contribution à la primauté du droit²⁷.

27 A.A. Cançado Trindade, "Les tribunaux internationaux et leur mission commune de réalisation de la justice: développements, état actuel et perspectives", 391 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (2017) pp. 38 et 66.

La coexistence, dans le droit international contemporain, de multiples tribunaux internationaux a considérablement accru le nombre de *justiciables* dans toutes les parties du monde, même dans les conditions les plus défavorables, y compris en ce qui concerne les crimes de masse. Le fonctionnement coordonné et harmonieux des tribunaux internationaux contemporains est un signe de notre temps, que rénove l'espoir dans la construction d'un monde avec plus de justice²⁸.

L'expansion de la juridiction internationale par la création de tribunaux internationaux contemporains n'est qu'un des reflets de l'évolution du droit international contemporain, sensible aux souffrances humaines, et engagé dans la réalisation de la justice. Cette expansion de la juridiction internationale est accompagnée *pari passu* par l'expansion concomitante de la responsabilité internationale (des États, des organisations internationales et des particuliers), ainsi que de la reconnaissance de la personnalité et la capacité juridiques internationales des individus à revendiquer des droits qui leur sont inhérents en tant qu'êtres humains, y compris *vis-à-vis* leur propre État²⁹. L'expansion de la personnalité et la capacité juridiques internationales de la personne humaine se montre donc inéluctablement liée à l'expansion de la juridiction et la responsabilité internationales³⁰.

Napflio, le 11 mai 2018.

A.A.C.T.

28 *Ibid.*, p. 71.

29 Devant les tribunaux internationaux des droits de l'homme; cf. *ibid.*, pp. 49-50.

30 Limitée dans le passé à celle des États, puis, plus récemment, élargie à celle des organisations internationales; cf. A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, *op.cit. supra* n. (10), ch.. XXVII, pp. 611-619, et cf. pp. 697-725.

La protección de los derechos humanos en la Organización de las Naciones Unidas: historia y actualidad

*Fabián Salvioli**

Sumario: I. Introducción; II. La Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de 1993: la creación del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas; III. El Consejo de Derechos Humanos; IV. Los mecanismos de derechos humanos en la Organización de las Naciones Unidas; IV.1. La Protección Convencional; IV.1.A. Las principales disposiciones substantivas de los instrumentos convencionales; IV.1.B. Los mecanismos convencionales; IV.1.B.a. El mecanismo de examen de informes periódicos; IV.1.B.b. El mecanismo de examen de comunicaciones individuales; IV.1.B.c. El mecanismo de denuncias interestatales; IV.1.B.d. Procedimientos de investigación; IV.1.B.e. Observaciones Generales; IV.1.B.f. Visitas a lugares de detención; IV.2. La protección extra convencional; IV.2.A. El procedimiento público general; IV.2.B. Los procedimientos públicos especiales; IV.2.B.a. Procedimientos

* Director del Instituto y la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina; Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales; Relator Especial de Naciones Unidas para la Promoción de la Verdad, la Justicia, las Reparaciones y las Garantías de No Repetición; Ex presidente del Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas; miembro de la Asamblea General del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. El texto que se presenta se confeccionó sobre la base de cursos dictados por el autor en Estrasburgo organizados por la Fundación Cassin –Instituto Internacional de Derechos Humanos- y en Costa Rica –Instituto Interamericano de Derechos Humanos-; su contenido expresa puntos de vista personales y no refleja necesariamente las posiciones de las entidades que el autor integró o integra.

geográficos; IV.2.B.b. Procedimientos temáticos; IV.2.C. El procedimiento especial confidencial; V. El examen periódico universal; VI. Las comisiones o misiones de investigación; VII. La crisis del sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas: perspectivas; VIII. Bibliografía selectiva.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando finalizó la Segunda Guerra Mundial y se conocieron a nivel social las atrocidades de los campos de concentración y el exterminio masivo de personas en los mismos, la comunidad internacional dio cuenta de una sensibilidad y solidaridad para con las víctimas, y expresó un sentimiento de claro repudio respecto de los crímenes de lesa humanidad que venían de perpetrarse, generando una presión sobre quienes integraban la Organización de las Naciones Unidas, entidad que sustituyó a la Sociedad de las Naciones. Como resultado del nuevo paradigma se produjo el juzgamiento de algunas de las personas que fueron máximas responsables de aquellos hechos, a través de los conocidos tribunales penales internacionales de Nuremberg y Tokio.

Más allá de la posibilidad de juzgar personas por la comisión de crímenes internacionales de tamaño magnitud, simultáneamente en el campo del derecho internacional de la época, se plantea la necesidad de establecer entidades y mecanismos de supervisión del comportamiento de los Estados, para contar con sistemas en los que quepa la posibilidad de determinar la responsabilidad de los mismos, frente al incumplimiento de sus compromisos en materia de derechos humanos.

La Carta constitutiva de las Naciones Unidas contempla entre uno de sus propósitos, lograr la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas. La Carta tiene el *status* jurídico de un tratado; su referencia a los derechos humanos en siete oportunidades y las obligaciones para los Estados derivadas de dichas previsiones - marcadas en otros tres artículos - determinan el punto de partida desde donde se fue desarrollando el sistema de tutela de los derechos humanos.

Una de las previsiones de la Carta - el artículo 68 - ha configurado la llave maestra por medio de la cual se abrió la puerta hacia el camino de la protección internacional de los derechos humanos en las Naciones Unidas: la citada disposición brinda facultades al Consejo Económico y Social para crear comisiones a efectos de desempeñar cabalmente sus funciones. Consecuentemente, al poco tiempo de iniciar sus tareas, el ECOSOC dio nacimiento en 1946 a la Comisión de Derechos Humanos, un órgano compuesto por representantes de Estados que se puso a trabajar inmediatamente, cuyo primer resultado ha sido la confección de un texto que la Asamblea General de las Naciones Unidas convirtió, el 10 de diciembre de 1948, en la célebre Declaración Universal de los Derechos Humanos.

A partir de allí, la organización ha desplegado dos grandes ramas de monitoreo internacional en la materia – la protección convencional y la extra convencional -, además del crecimiento orgánico experimentado, como derivación de dos decisiones institucionales: la creación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en 1993, y el reemplazo de la Comisión de Derechos Humanos por el Consejo de Derechos Humanos en el año 2006.

II. LA CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE DERECHOS HUMANOS DE 1993: LA CREACIÓN DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS

En 1968 se celebró la primera Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos en Teherán (Irán); al momento de desarrollarse la misma no podían examinarse con demasiado rigor los sistemas de protección a los derechos humanos en las Naciones Unidas, simplemente porque éstos tenían muy poco recorrido. En efecto, los pactos generales (sobre derechos civiles y políticos, y sobre derechos económicos, sociales y culturales) estaban adoptados muy recientemente – el 16 de diciembre de 1966 – y ninguno de ellos entró en vigor hasta el año 1976.

En aquella primera conferencia se aprobó la Proclamación de Teherán (el 13 de mayo de 1968), instrumento que centralmente hace hincapié en el principio de no discriminación y la condena de la política de segregación racial –*apartheid*–, además de reflejar una mirada global del derecho al desarrollo como derecho humano.

Una disposición de absoluta trascendencia de la Proclamación de Teherán es su punto segundo, el cual manifiesta que la Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos, de los derechos iguales e inalienable de todos los miembros de la familia humana, y la declara obligatoria para la comunidad internacional. Ello ha tenido repercusiones importantes en las discusiones doctrinarias en relación al valor jurídico de dicho instrumento.

Igualmente, la Proclamación de Teherán subraya que, como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin

el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible.

La guerra fría se profundizó a la finalización de la Conferencia de Teherán, y la comunidad internacional tuvo que esperar un cuarto de siglo para asistir a otro evento de similares características bajo los auspicios de la Organización de las Naciones Unidas.

La segunda Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos se celebró en la ciudad de Viena (Austria) entre el 14 y el 25 de junio de 1993. En este encuentro se ha tratado de evaluar cómo habían funcionado hasta allí los mecanismos de protección a los derechos humanos en las Naciones Unidas, y estudiar la posibilidad de generar nuevas alternativas para llevar adelante una tarea más eficaz.

Los Estados participantes de la Conferencia de Viena han acordado en subrayar que la promoción y protección de los derechos humanos es una cuestión prioritaria para la Comunidad Internacional.

En el seno de la Conferencia de Viena también se produjeron amplios debates -entre los Estados participantes- sobre el antagonismo entre la universalidad y la relatividad cultural de los derechos humanos, la jerarquía de derechos (si alguna categoría de derechos es más importante que otra), y la neurálgica cuestión de la protección a los derechos humanos de cara al principio de no intervención.

En la Conferencia de Viena se aprobaron una Declaración y Plan de Acción donde se afirma entre otras cosas, que los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales son universales e indivisibles, que todos poseen igual jerarquía, y son interdependientes.

La universalidad es una característica fundamental de los derechos humanos: significa que aquellos son inherentes a toda persona, y consecuentemente que le corresponden a esta más allá de la nacionalidad, religión, raza, origen étnico, posición económica, sexo, género, o cualquier otra condición o situación social.

En la parte del Programa de Acción se abordan seis capítulos referidos diferentes tópicos: la coordinación de actividades de derechos humanos dentro de la esfera de las Naciones Unidas; igualdad, dignidad y tolerancia; fortalecimiento y desarrollo de los derechos humanos; educación en derechos humanos; aplicación y métodos de vigilancia en la materia; y finalmente a las actividades que complementan a la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos.

Asimismo, en la Declaración y Programa de Acción de Viena se establece una estrategia para promover y proteger mejor los derechos humanos en todo el mundo, recomendando al efecto con carácter prioritario proceder a la creación de un Alto Comisionado para los Derechos Humanos, y de esa manera centralizar la tarea de Naciones Unidas en la materia. La Asamblea General de la ONU, siguiendo el mandato emanado de la Conferencia, creó institucionalmente el Alto Comisionado en su 48 sesión, celebrada en 1993.

La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos es hoy la persona en funciones con mayor jerarquía en la materia dentro de la organización; centraliza, coordina y apoya las actividades de promoción y protección, estimulando las medidas de tutela del sistema internacional, dando respuesta a violaciones graves a los derechos humanos, y fijando diversas estrategias de prevención.

En el marco de su trabajo, se encarga de dialogar con los gobiernos para garantizar la observancia de los derechos humanos e impedir violaciones; igualmente efectúa y despliega misiones en el terreno prestando asistencia técnica, tutelando que, cuando es preciso, se lleven adelante las investigaciones pertinentes sobre presuntas violaciones a los derechos humanos cometidas.

III. EL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS

La Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas ha sido objeto de muchas críticas; en particular y especialmente, a partir de la década de 1970 recibió acusaciones permanentes respecto de actuar con “doble rasero” en el examen y adopción de resoluciones respecto de situaciones de derechos humanos por las que atravesaban diversos Estados, y por la determinación de cuales Estados serían sometidos a mecanismos de exámenes geográficos particulares bajo modalidades públicas o confidenciales.

Dentro de Naciones Unidas, con el cambio de siglo comenzó un proceso intergubernamental para optimizar el sistema de derechos humanos; ello tuvo como resultado que en el mes de marzo del año 2006 se reemplazará la Comisión por un nuevo órgano llamado el Consejo de Derechos Humanos, ente de mayor jerarquía que su predecesora, y dotado de un procedimiento para llevar adelante exámenes de la situación de derechos humanos en cada uno de los Estados miembros llamado “examen periódico universal”, que involucra ciclos de revisión para todos los países, evitando de esa forma caer la “selectividad” de la que se acusaba a la extinta Comisión-.

El Consejo de Derechos Humanos cuenta con un órgano subsidiario llamado *Comité Asesor* (que reemplaza a la antigua Sub Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas), compuesto por dieciocho integrantes que se eligen por el Consejo a propuesta de los Estados de la Organización; su tarea es brindar experticia y asesoramiento al Consejo, realizando estudios e investigaciones sobre cuestiones de actualidad en la materia.

IV. LOS MECANISMOS DE DERECHOS HUMANOS EN LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Los mecanismos de tutela de derechos humanos al interior de la Organización de las Naciones Unidas derivan de tres fuentes principales, a saber: las convenciones, tratados y protocolos (procedimientos convencionales); en segundo lugar resoluciones del Consejo Económico y Social (procedimientos extra convencionales), y finalmente el examen periódico universal – también de naturaleza extra convencional pero de características propias-; éste último se desprende de una resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

1. La protección convencional

Los mecanismos de protección convencional son precisamente aquellos que surgen de los tratados –en sentido genérico-. En la actualidad existen vigentes dieciocho instrumentos jurídicos de la tutela convencional: los dos pactos generales, siete convenciones específicas, y nueve protocolos. De estos últimos, seis son procedimentales (establecen procedimientos) y los tres restantes son sustanciales (regulan derechos), estos últimos son el Segundo Protocolo Facultativo adicional al Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos y los dos primeros protocolos facultativos a la Convención sobre los Derechos del Niño.

A nivel substancial hay dos instrumentos generales (El Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Luego, la tutela específica comprende a siete convenciones (sobre discriminación racial, discriminación contra las mujeres, tortura, derechos de niños y niñas, derechos de personas trabajadoras migrantes y sus familias, desapariciones forzadas, y derechos de las personas con discapacidad). La regulación de derechos se complementa con tres protocolos -el Segundo Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo objeto es abolir la pena de muerte-, y los dos primeros protocolos adicionales a la Convención sobre los Derechos del Niño (para prohibir el reclutamiento y la participación de niños y niñas en conflictos armados; y para prohibir la venta, prostitución y/o utilización de niños o niñas en pornografía, respectivamente).

A. Las principales disposiciones substantivas de los instrumentos convencionales

El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** se adoptó por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor en 1976; su contenido remite en gran medida a los artículos 3 a 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aunque se observan algunas diferencias si se realiza un análisis comparativo de ambos instrumentos. Entre las más significativas, el Pacto recoge el principio de libre determinación de los pueblos, no mencionado en la Declaración Universal; no es casual que ello se haya dado de esta manera, si tenemos en cuenta que en 1960 comienza la

llamada “Década de la descolonización en Naciones Unidas”, motivada por la decisión firme de la Organización de finalizar con todas las situaciones de dominación colonial. Igualmente, el Pacto determina la obligación para los Estados que lo ratifiquen o adhieran al mismo, a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos los derechos establecidos en él.

Más adelante, en el Pacto se fija expresamente la obligación para los Estados de garantizar por igual los derechos a hombres y mujeres; se protege el derecho a la vida y se fijan restricciones y limitaciones a la aplicación de la pena de muerte. Se contemplan la igualdad ante la ley y la no discriminación; el Pacto prohíbe la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como la esclavitud y/o servidumbre. Se garantizan los derechos a la seguridad, y las libertades física, de movimiento, de pensamiento, conciencia, religión, reunión y asociación.

El tratado regula el derecho a la protección judicial y las diferentes garantías para las personas que se vean sometidas a enjuiciamiento penal. Se prohíbe la prisión por deudas, se garantizan el derecho a la personalidad jurídica, los derechos a la constitución de la familia, y el derecho de la niñez a la protección. Quienes pertenezcan a minorías étnicas, religiosas o idiomáticas, tienen derecho bajo el Pacto a que desde el Estado se les garantice llevar adelante su propia vida cultural, practicar su religión y emplear su idioma.

Si bien los Estados pueden restringir el ejercicio de los derechos establecidos en el Pacto en casos muy graves (situaciones declaradas oficialmente en las cuales se ponga en peligro la vida misma de la nación), respondiendo a los estándares de legalidad, necesidad, proporcionalidad y temporalidad, algunos derechos no son pasibles de suspensión bajo ninguna hipótesis: se trata de los derechos a la vida, la prohibición de la tortura o tratos

cruels, inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud o la servidumbre, la prohibición del encarcelamiento por deudas contractuales, los principios de legalidad y de aplicación de la pena más favorable a una persona condenada, el reconocimiento de la personalidad jurídica, y las libertades de pensamiento, conciencia y religión.

El Segundo Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1989, es el primer tratado de índole universal que tiene por objeto la eliminación absoluta de la pena de muerte. Por el mismo los Estados parte se comprometen a no ejecutar a ninguna persona que se encuentre sometida a su jurisdicción, y a tomar todas las medidas necesarias para abolir la pena de capital. Si bien se prohíbe la formulación de reservas al Protocolo, al momento de ratificar o adherir al mismo un Estado puede como excepción reservarse el derecho de aplicar la pena de muerte en tiempo de guerra, como consecuencia de un delito sumamente grave de carácter militar.

El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976. Los derechos humanos que se contemplan en el mismo son de diferentes tipos, a saber: el derecho a trabajar y los derechos derivados de la relación laboral (condiciones justas y favorables; salario igual por igual tarea; seguridad e higiene en el ámbito laboral), el derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre y las vacaciones periódicas pagas; los derechos a fundar sindicatos, afiliarse libremente a los mismos, y a proceder a la formación de federaciones; el derecho a la protección y a la seguridad social.

Más adelante el Pacto contempla el derecho a un nivel de vida adecuado (alimentación, vestido, vivienda, protección contra el hambre); y regula la obligación de los Estados de tomar medidas para utilizar plenos conocimientos científicos en la producción y distribución de alimentos, a los efectos de asegurar una distribución equitativa de los mismos.

El Pacto estipula el derecho a disfrutar del nivel más alto posible de salud física y mental (los Estados deben tomar medidas para reducir la mortinatalidad y mortalidad infantil, mejorar la higiene del trabajo y del medio ambiente, prevenir, tratar y luchar contra enfermedades epidémicas o endémicas, y establecer condiciones que aseguren a todas las personas asistencia y servicios médicos).

La familia es reconocida como el elemento natural y fundamental de la sociedad; según el Pacto, merece la más amplia atención y cuidados posibles. El matrimonio sólo se puede contraer a través del libre consentimiento de los futuros cónyuges; los Estados deben otorgar especial protección a las madres antes y después del parto, y también adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de niños, niñas y adolescentes.

El derecho a la educación se destaca en el Pacto, al indicar que la misma ha de orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana, que la enseñanza primaria ha de ser obligatoria y asequible para todas las personas de forma gratuita, que la enseñanza secundaria y superior han de ser generalizadas y accesibles a todas las personas, implantando progresivamente la gratuidad en dichos niveles.

En cuanto al derecho a participar en la vida y a disfrutar los beneficios de la cultura y del progreso científico, se subraya la libertad para crear, investigar, y resguardar la tutela de la autoría de las producciones científicas, literarias o artísticas.

La obligación concreta que asumen los Estados parte en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conforme al artículo 2 del mismo, es el compromiso de adoptar medidas de cualquier tipo, y hasta el máximo de los recursos de que disponen, para lograr la plena efectividad de los derechos allí contenidos sin discriminación alguna.

La Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, aprobada por la Asamblea General el 21 de diciembre de 1965, fue una respuesta de las Naciones Unidas a una práctica odiosa, cuya mayor manifestación es la política conocida como de *apartheid*; ya en 1963, la Asamblea General aprobó una Declaración para la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la cual posee cuatro pilares fundamentales: toda doctrina de diferenciación o superioridad racial es científicamente falsa, moralmente condenable, socialmente injusta y peligrosa, y nada permite justificarla en la teoría o la práctica; la discriminación racial viola derechos humanos fundamentales y pone en peligro la paz y seguridad internacionales; la discriminación racial daña a quienes la sufren y a quienes la practican; y finalmente, las Naciones Unidas asumen como un objetivo llegar a la consolidación de una sociedad internacional libre de toda forma de discriminación o segregación racial.

La Convención define a la discriminación racial en su artículo primero, como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

Los Estados parte asumen una serie de compromisos, comenzando por no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial; asimismo, se indica como deberes el no fomentar, apoyar o defender la discriminación racial practicada por una persona u organización; revisar y modificar la legislación que tenga por efecto la discriminación racial; prohibirla y hacerla cesar por todos los medios apropiados; tipificarla penalmente; estimular organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas; punir toda difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial; declarar ilegal y prohibir organizaciones y propagandas en favor de la discriminación racial; y tomar medidas inmediatas y eficaces en materia de enseñanza, educación y cultura para combatir los prejuicios que conducen a la discriminación racial.

Naturalmente, una política gubernamental temporal con medidas que establezcan diferencias para favorecer y lograr el adecuado progreso de grupos raciales o étnicos que requieran protección especial, debido a la situación de desventaja en la que siempre han estado, responde al concepto de “discriminación positiva” y no viola la Convención, sino que coadyuva al cumplimiento de sus objetivos.

La Convención subraya derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que deben ser garantizados a todas las personas, sin distinción por motivos de raza, origen nacional o étnico, linaje o color; y determina que los Estados parte asegurarán a todas las personas bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial. También contempla el derecho de toda víctima de discriminación racial, a solicitar reparación justa y adecuada por todo daño que aquella pueda haber sufrido como consecuencia de tal discriminación.

La **Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer**, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, es el instrumento a nivel universal que tiene por objeto lograr la igualdad real, eliminando la discriminación que sufre en la ley y/o en la práctica, más de la mitad de la humanidad en todo el mundo.

Desde el inicio de sus tareas la Organización de las Naciones Unidas se ha preocupado por fomentar la igualdad entre mujeres y hombres; prueba de ello es la temprana creación –en 1946- de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, como órgano especial subsidiario del Consejo Económico y Social de la entidad.

La discriminación contra la mujer es definida por el artículo 1 de la Convención 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 política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Se subrayan algunos conceptos de significativa trascendencia en torno al abordaje del concepto de discriminación desde la Convención; entre los más importantes podemos mencionar que la discriminación es entendida como resultado, no sólo como propósito, de forma tal que una acción, ley o política sin intención de discriminar puede ser discriminatoria si ese fuera su efecto. A su vez, el ámbito de aplicación de la Convención excede lo público y alcanza el plano privado o doméstico.

Los Estados parte asumen algunas obligaciones concretas conforme a la Convención; entre ellas y en el plano de la

promoción, actuar urgentemente sobre los papeles tradicionales de mujeres y hombres en la sociedad y en la familia; adoptar medidas para modificar patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a eliminar prejuicios y prácticas basadas en la idea de superioridad o inferioridad de cualquiera de los sexos; y asegurar la igualdad de derechos en la esfera de la educación.

Asimismo, al hacerse parte de la Convención, un Estado se obliga a condenar la discriminación contra las mujeres y orientar sus políticas a la eliminación de aquella práctica por todos los medios apropiados y sin dilaciones, adoptando 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.

La Convención hace hincapié a través del articulado de la misma, en la obligación de los Estados de tomar medidas a efectos de eliminar la discriminación contra la mujer practicada por personas, organizaciones o empresas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer, y –ya en el plano de la política criminal- para derogar disposiciones penales que sean discriminatorias contra la mujer.

Por la particularidad situación de vulnerabilidad en que se encuentran las mujeres sometidas a trata y a explotación de la prostitución, los Estados parte también asumen el deber de adoptar medidas apropiadas en todas las esferas, incluso en el plano legislativo.

Las medidas para hacer efectiva la Convención alcanzan los planos de la vida política y pública nacional e internacional

-garantizando la oportunidad de representación del Estado en organizaciones internacionales-; el campo del derecho civil (garantizar en condiciones de igualdad con los hombres el derecho a adquirir, cambiar o conservar la nacionalidad, y el goce de los derechos en cuanto a la nacionalidad de hijas e hijos); el ámbito de la educación (igual orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en toda institución de enseñanza, en zonas rurales y urbanas; acceso a iguales programas, exámenes, equipos, personal docente; eliminar todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y todas las formas de enseñanza, estímulo de la educación mixta; modificación de los libros y programas escolares y adaptación de los métodos de enseñanza; mismas oportunidades para la obtención de becas y otras subvenciones y para el acceso a programas de educación permanente, de alfabetización funcional y de personas adultas; la reducción de la tasa de abandono femenino de estudios y la organización de programas para mujeres que dejaron los estudios prematuramente); las mismas oportunidades para participar activamente en el deporte y en la educación física; y finalmente el acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida información y asesoramiento sobre planificación familiar.

Otros campos en que se especifican medidas para lograr la igualdad, se determinan en la esfera del empleo, la atención médica y espacios económicos y sociales. La Convención focaliza asimismo su atención en relación a la problemática de la mujer rural –adonde las mujeres suelen sufrir discriminación y violencia más profunda-, la igualdad de mujeres y hombres ante la ley, y la igualdad en la esfera del matrimonio y las relaciones familiares.

Naturalmente, la prohibición de la discriminación no conlleva la interdicción de medidas de “*discriminación positiva*”, es decir, de acciones especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer, debiendo cesar las mismas cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984; en ella se determinan obligaciones concretas para los Estados parte, a los efectos de garantizar el derecho a la integridad física, psíquica y sexual de todas las personas bajo la respectiva jurisdicción de cada uno de ellos.

La Convención define a la tortura como todo acto que inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves físicos o mentales con el fin de obtener de ella, o de un tercero, información o una confesión, o castigarle por un acto cometido o que se crea que ha cometido, intimidarle o coaccionarle a ella o una tercera persona, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación.

La Convención establece que se configurará la responsabilidad internacional del Estado, cuando el acto de tortura es cometido por una persona que sea funcionaria pública, o se encuentre en ejercicio de funciones públicas; también cuando lo cometa una tercera persona, válida del consentimiento o aquiescencia de una persona en funciones públicas.

Se reconoce el derecho a la integridad corporal como absoluto, fijándose la imposibilidad de justificar un acto de tortura bajo ninguna circunstancia, por excepcional que ésta sea (guerra, emergencia pública o cualquier otra); asimismo nadie puede invocar una orden de autoridad superior para eximirse de su

responsabilidad por un hecho de tortura, descartándose por lo tanto la posibilidad de que los Estados hagan uso del instituto penal de la “*obediencia debida*”.

Los Estados parte se obligan a incorporar a la tortura como delito dentro del Código Penal; detener a las personas que pudieren haber cometido torturas; extraditar -para que la persona acusada sea juzgada cuando se le requiera desde otro país-, o juzgarle en el caso de denegar la extradición. La jurisdicción penal por tortura –para toda persona presuntamente responsable material, intelectualmente, cómplice o partícipe- ha de reconocerse en el caso de que el delito se haya cometido bajo la jurisdicción del Estado, o para el caso de que la persona acusada sea de su nacionalidad; asimismo, si la persona acusada se encuentra bajo la jurisdicción del Estado y no puede ser enviada o extraditada al lugar en que es requerida. El Estado parte, finalmente, está facultado a fijar jurisdicción sobre un hecho de tortura cometido en el extranjero del cual sea víctima una persona de su nacionalidad.

Algunos otros deberes se desprenden de la Convención: un Estado parte se compromete a educar e instruir -para prevenir la tortura- a personas funcionarias policiales y militares, o encargadas de aplicar la ley (personal médico). Asimismo, existe la obligación de investigar todo posible acto de tortura cometido en su territorio, habilitar procedimientos ágiles y eficaces de quejas para víctimas de tortura, y garantizar a las víctimas de tortura reparación e indemnización justa y adecuada.

La **Convención sobre los Derechos del Niño** fue aprobada el 20 de noviembre de 1989; es un instrumento jurídico que marca la preocupación de la Organización de las Naciones Unidas, de brindar una tutela especial para toda persona en situación de vulnerabilidad agravada en virtud de su edad, cuando la misma es menor a los dieciocho años.

La Convención ha sido -en el momento de su adopción- un instrumento que rompió el paradigma vigente (tanto para niños y niñas como para personas con discapacidad) de “objetos de tutela”, reconociendo plena subjetividad y titularidad jurídica a niños, niñas y adolescentes. Así, la Convención indica que debe escuchárseles y tener debidamente en cuenta sus opiniones, considerando su edad y madurez en cualquier cuestión que deba decidirse y les afecte directamente; se subraya como principio transversal el “*interés superior*”, por lo que cualquier cuestión que les involucre ha de resolverse conforme a dicho precepto.

La Convención indica que niños y niñas deben disfrutar de los derechos establecidos en la misma sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición suya, de su padre, madre, o representantes legales.

La Convención posee una importante lista de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, los que deben reconocerse a todo niño o niña bajo la jurisdicción de un Estado. Entre los más destacados figuran: los derechos al nombre y a la nacionalidad; el principio de no separación de la familia, salvo situaciones excepcionales; la protección contra la explotación y el abuso sexual; la protección especial para niños y niñas en situación de desamparo o con impedimentos; el derecho al más alto nivel posible de salud; el derecho a la educación gratuita en la fase elemental; el derecho al descanso y al juego; y la protección contra la explotación económica, el trabajo que pueda ser nocivo, el uso ilícito de drogas, el secuestro o la trata.

Se reconoce el derecho a la vida (supervivencia y desarrollo) y la prohibición de aplicar la pena de muerte a quienes hayan

cometido el delito siendo menores de dieciocho años; se regula especialmente la situación de niños o niñas en privación de libertad, estipulando que deben estar en separación efectiva de las personas adultas en la misma situación. Los Estados parte adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de niños o niñas.

Los Estado deben tomar medidas eficaces de protección frente a casos de abuso físico, mental o sexual, maltrato, etc. mientras estén bajo custodia de integrantes de sus familias; para niños o niñas privadas del medio familiar, se contempla el derecho a la protección y asistencia particular del Estado (en hogares de guarda, kafala, instituciones especiales, atendiendo a la continuidad en la educación y al origen étnico, religioso, cultural y lingüístico).

La Convención es, asimismo, el primer instrumento jurídico internacional que reconoce el derecho a la identidad para toda niña y todo niño. Asimismo, se establece la obligación para el Estado de proceder a la inscripción inmediatamente de producido el nacimiento.

En cuanto a la adopción, el régimen previsto por la Convención subraya la necesidad de que en la misma intervengan autoridades competentes, considerando la situación jurídica del niño o de la niña en relación con sus familiares y demás parientes. Acudir a la adopción internacional puede considerarse como opción válida cuando al niño o la niña no pueda colocarse en hogar de guarda, entregarse a familia adoptiva, o brindarle atención de forma adecuada en el país.

Se determina el derecho de toda niña o niño en situación de refugio a recibir la debida asistencia humanitaria; en relación a quienes sufren discapacidad, se subraya el derecho a gozar de una

vida plena y decente, digna, que le permita bastarse, y facilite su participación activa en la comunidad, brindándole cuidados especiales de acuerdo a los recursos disponibles, especialmente asistencia adecuada para asegurar acceso efectivo a la educación, capacitación, sanidad, rehabilitación, preparación para empleo, esparcimiento, integración social y desarrollo individual.

Los niños y las niñas pertenecientes a minorías o a poblaciones indígenas tienen el derecho, conforme a la Convención, de disfrutar libremente de su propia cultura, religión e idioma.

Para quienes sufran acusación de infringir la ley penal o se le declare culpable por ello, la Convención contempla el derecho a recibir un trato digno considerando la edad y la importancia de promover la reintegración social; se subrayan como garantías mínimas los principios de legalidad, tipicidad, la presunción de inocencia, recibir información sin demora de los cargos en su contra, asistencia jurídica adecuada; debe procederse a una resolución pronta de parte de autoridad independiente e imparcial; brindarse asesoramiento jurídico; resguardar el derecho a no declarar en su propia contra o de testimoniar, así como de interrogar y presentar testigos; el sistema judicial debe contar con la existencia de un órgano judicial superior que revise la condena impuesta; proveer asistencia de intérprete en caso que sea necesario; respetar la vida privada; y contemplar una edad mínima de imputabilidad. Es asimismo fundamental la adopción de medidas alternativas, sin recurrir a procedimientos judiciales; brindar cuidado, orientación, asesoramiento, libertad vigilada, hogares de guarda, programas de enseñanza, y opciones a la internación. También se contempla el derecho todo niño, niña o adolescente a no sufrir privación ilegal o arbitraria de la libertad; que la detención, encarcelamiento o prisión, si se decide, sea el último recurso y por el período más breve posible; los fundamentales derechos a un trato humano durante privación de libertad, y a mantener contacto con la familia.

De acuerdo a la Convención, los Estados parte tomarán medidas para recuperar física y psicológicamente a niños o niñas víctimas de abandono, explotación abuso, tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, o conflictos armados, en el marco de un ambiente que fomente la salud, el respeto y la dignidad.

El Protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños o niñas en los conflictos armados fue adoptado el 25 de mayo de 2000 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

En los trabajos preparatorios y durante la discusión generada al momento de la aprobación de la Convención, los Estados no lograron arribar a un acuerdo para prohibir la participación absoluta de niños y niñas en conflictos armados. Por ello, el texto convenido solamente señala que los Estados parte adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido quince años de edad, no participen directamente en las hostilidades, y se abstendrán de reclutarles en las fuerzas armadas; igualmente, la Convención estipula que si se reclutan niños o niñas entre quince y dieciocho años, los Estados procurarán darle prioridad a los de más edad.

El Protocolo, por el que han efectuado una gran lucha las organizaciones no gubernamentales, indica los efectos perniciosos y generales que tienen los conflictos armados para los niños y niñas, y condena todas aquellas situaciones de conflicto armado donde se conviertan en blanco, así como los ataques directos contra bienes protegidos por el derecho internacional, incluidos los lugares donde suele haber una considerable presencia infantil, como escuelas y hospitales. De igual forma, el Protocolo condena el reclutamiento de niños y niñas por parte de grupos armados no estatales.

En el Protocolo se señala que, elevar la edad mínima para el posible reclutamiento de personas en las fuerzas armadas y su participación en las hostilidades, contribuirá eficazmente a la aplicación del principio del interés superior; conforme al mismo, los Estados parte asumen como obligaciones el tomar todas las medidas para que ningún integrante de fuerzas armadas menor de dieciocho años participe directamente en las hostilidades; evitar el reclutamiento forzoso de personas menores de dieciocho años; garantizar que el reclutamiento de menores, cuando este es permitido en un Estado, sea efectivamente voluntario, y garantizar que ninguna persona menor de dieciocho años sea reclutada por un grupo armado distinto de las fuerzas armadas del Estado.

Finalmente, se establece que los Estados parte se comprometen a desmovilizar a quienes sufrieron reclutamiento o movilización en contradicción con el Protocolo, y a tomar medidas de asistencia para su recuperación física y psicológica.

El Protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta, la prostitución infantil y la utilización de niños o niñas en la pornografía, fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de mayo del año 2000.

En la Convención se reconoce el derecho de niños, niñas y adolescentes a la protección contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso, situaciones que puedan entorpecer la educación o que sea nocivas para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

El hecho de la creciente trata internacional de menores a los fines de la venta, prostitución y/o su utilización en la pornografía, junto con la práctica difundida del turismo sexual, situación a

la que niños y niñas se encuentran en especial vulnerabilidad -particularmente en sociedades con altos grados de pobreza-, así como la disponibilidad cada vez mayor de pornografía infantil en la Internet y otros medios tecnológicos modernos, son los hechos que motivaron a los Estados a adoptar el Protocolo.

Por el instrumento, básicamente los Estados parte se comprometen a prohibir la venta de niños o niñas, la prostitución infantil y la utilización de niños, niñas o adolescentes en la pornografía, a través de medidas a tomar en todos los campos.

El Protocolo marca la necesidad de adoptar un enfoque global para enfrentar el subdesarrollo, la pobreza, las disparidades económicas, estructuras socioeconómicas no equitativas, disfunción de las familias, la falta de educación, la migración del campo a la ciudad, la discriminación por motivos de sexo, el comportamiento sexual irresponsable de los adultos, las prácticas tradicionales nocivas, los conflictos armados y la trata de niños; dicha enumeración representa a muchas de las causas que favorecen la venta de niños o niñas, su prostitución y/o utilización en pornografía.

Se define a la venta como todo acto o transacción en virtud del cual a un niño o niña se le transfiere por una persona o un grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución. La prostitución infantil es tipificada en el Protocolo como la utilización de un niño o niña en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución. Finalmente, la utilización de niños o niñas en la pornografía es toda representación, por cualquier medio, de un niño o niña en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño o niña con fines primordialmente sexuales.

Los Estados parte se comprometen a adoptar medidas para reprimir penalmente estos actos, con penas adecuadas a su gravedad, y también para hacer efectiva la responsabilidad de las personas jurídicas que puedan verse involucradas en los mismos; igualmente debe prestarse toda la asistencia posible a cualquier investigación relativa a la venta, prostitución infantil o utilización de niños o niñas en la pornografía.

También los Estados asumen el compromiso de tomar medidas por sí, o a pedido de otro Estado, para incautar o confiscar bienes utilizados para cometer o facilitar la comisión de los delitos a que se refiere el Protocolo, y proteger en toda fase de proceso penal, los derechos e intereses de niños o niñas víctimas de aquellas prácticas.

En el Protocolo, se reconoce que las niñas están expuestas a más peligro de explotación sexual; allí donde se han podido realizar estadísticas se demuestra una gran desproporción al respecto.

En materia de prevención, los Estados convinieron en adoptar programas sociales para evitar la venta o prostitución de niños o niñas, o su utilización en pornografía en Internet; y sensibilizar y educar al público en general sobre este flagelo.

La **Convención sobre los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias** fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990; en ella se aborda, dentro del fenómeno migratorio, la particular situación de vulnerabilidad en que se encuentran frecuentemente trabajadores y trabajadoras migrantes y sus familiares, en lo relativo al disfrute de sus derechos humanos.

Las disposiciones de la Convención se aplican a todas las personas trabajadoras migrantes – entendidas como quienes vayan a realizar, realicen o hayan realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sean nacionales - y sus familiares – personas casadas con quienes llevan adelante trabajo migrante, o con relación de efectos equivalentes al matrimonio, hijos o hijas a cargo, y otras personas a cargo reconocidas como familiares - sin distinción alguna, durante todo el proceso de migración – desde la preparación para la partida hasta el regreso al lugar de residencia habitual o al país de origen.

Se contemplan asimismo -en un capítulo especial de la Convención- particulares formas de trabajo migratorio (fronterizo, de temporada, marino, en estructura marina, itinerante, con vínculo a un proyecto, con empleo concreto, y por cuenta propia).

Los Estados parte se comprometen a asegurar diversos derechos y asumir determinadas obligaciones a las personas trabajadoras migrantes y sus familias que estén en territorio o se encuentren bajo su jurisdicción: (salida libre del Estado, vida, integridad, prohibición de esclavitud, servidumbre y de trabajos forzados, libertad de pensamiento, conciencia, opinión y religión, derecho a no sufrir ingerencia arbitraria en la vida privada, propiedad, libertad y seguridad personal).

Las personas trabajadoras migrantes y sus familiares tienen derecho a la protección del Estado contra toda violencia, daño corporal, amenaza o intimidación de funcionarios o funcionarias, particulares, grupos o instituciones; su verificación de identidad se hará conforme a la ley; se les brindarán las garantías judiciales en caso de detención y proceso, incluido el derecho a que se les informe claramente en un idioma que comprendan, se permitirá la comunicación con el Estado de origen, procediendo a la

notificación de la situación al mismo; se proveerá asistencia gratuita de intérprete si las personas no entienden o hablan el idioma, y se reconocerá el derecho a exigir indemnización si aquellas fueron víctimas de detención o prisión ilegal.

La Convención establece -para quienes llevan adelante trabajo migratorio y sus familias-, el principio que regula el derecho de recibir igual trato que las personas nacionales en torno al disfrute de ciertos derechos: (garantías judiciales ante tribunales y cortes de justicia, principio de legalidad, prohibición de prisión por deudas, reconocimiento de la personalidad jurídica, etc.).

Si una persona bajo protección de la Convención recibe una sentencia condenatoria, deberán considerarse los aspectos humanitarios relacionados con su condición, especialmente respecto a su derecho de residencia o de trabajo; no se les podrá privar de autorización de residencia o expulsarles debido al incumplimiento de una obligación que emane del contrato de trabajo; solamente personas autorizadas en funciones públicas podrán resolver autorización de entrada, residencia o permanencia, y permisos de trabajo; no se les puede destruir el pasaporte o documento equivalente. Tampoco podrán ser objeto de expulsiones colectivas. Se ha de garantizar el derecho a la información respecto a la posibilidad de acudir a solicitar protección y asistencia consular o diplomática de su Estado de origen.

La Convención prevé para quienes llevan adelante trabajo migrante, el derecho a recibir un trato que no sea menos favorable que el que reciben nacionales en cuanto a empleo, determinadas condiciones de trabajo, y otros derechos derivados de la relación laboral. Pueden participar en reuniones y actividades sindicales, gozando de los derechos de afiliación libre, seguridad social, y atención médica urgente para preservar su vida o evitar daños irreparables a la salud.

Los hijos e hijas de quienes llevan adelante un trabajo migratorio tienen derecho al nombre, registro de nacimiento y a tener una nacionalidad; asimismo, disfrutarán del derecho a la educación en condición de igualdad de trato con hijos o hijas de nacionales. El acceso a la enseñanza preescolar o escuelas públicas no puede negarse ni limitarse a causa de situación irregular en la permanencia o empleo, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo o hija en el Estado de empleo.

Los Estados deben velar por respetar la identidad cultural de las personas trabajadoras migratorias y sus familias; al finalizar la permanencia, aquellas tendrán derecho a transferir sus ingresos y ahorros, efectos personales y pertenencias.

Las personas que cumplen trabajo migratorio y se encuentran documentadas o en situación regular, gozarán adicionalmente de los derechos a la información en relación al empleo, a la libertad de movimiento y a escoger lugar de residencia libremente, a establecer asociaciones y sindicatos, a participar de los asuntos públicos de su Estado de origen, a votar y poder ser elegidas en dicho Estado. También recibirán igual trato que las personas nacionales en relación al acceso a instituciones y servicios de enseñanza, de orientación o formación profesional, acceso a la vivienda y planes de vivienda, protección contra explotación en materia de alquileres; acceso a servicios sociales y de salud, a cooperativas y empresas de autogestión, y a la vida cultural. Se reconoce la unidad de la familia de la persona trabajadora migratoria, la cual tiene derecho a que se asegure su protección.

Quienes llevan adelante trabajo migratorio no pagarán impuestos más gravosos que los que pagan las personas nacionales, tendrán derecho a deducciones o exenciones de impuestos y desgravaciones tributarias aplicables a nacionales en circunstancias análogas, y los Estados parte procurarán evitar que sus ingresos sean objeto de doble tributación.

Las personas familiares de quienes llevan adelante trabajo migratorio regular poseen derecho a igualdad de trato respecto de nacionales del Estado de trabajo en el acceso a instituciones y servicios de enseñanza, de orientación y capacitación vocacional; servicios sociales y de salud; el desarrollo y la participación en la vida cultural. Se aplicarán políticas encaminadas a facilitar integración de hijos e hijas de trabajadores migratorios en el sistema escolar, especialmente en la enseñanza del idioma; se procurará asimismo enseñarles lengua y cultura materna (los Estados de origen -cuando proceda- colaborarán con este propósito). Los Estados de empleo podrán establecer planes especiales de enseñanza en lengua materna.

Los Estados parte finalmente, se comprometen a promover condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional de los trabajadores y trabajadoras migrantes, y de quienes pertenecen a sus familiares.

La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006. En ella se indica que la desaparición forzada es un delito extremadamente grave, y que bajo ciertas circunstancias constituye un crimen de lesa humanidad.

Por la Convención se consagra el derecho inderogable de toda persona a no ser sometida a desaparición forzada; la desaparición forzada es definida como el arresto, detención o cualquier otra forma de privación de libertad, que sea obra de agentes del Estado o de personas o grupos que actúen con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer la privación de libertad, o el ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona. La desaparición forzada coloca a la víctima fuera de la protección de la ley.

Si los hechos que definen a la desaparición forzada se llevan adelante por personas o grupos que actúan sin autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, éste se compromete a investigarlos y procesar debidamente a quienes puedan ser responsables.

Los Estados parte asumen la obligación de tipificar penalmente la desaparición forzada, así como de considerar responsables en el grado que corresponda, a las personas autoras intelectuales y materiales, cómplices, partícipes, y a quienes intenten cometer una desaparición forzada. Igualmente a quien sea superior sabiendo que alguien con subordinación a su autoridad cometió o se propuso cometer una desaparición forzada e hizo caso omiso de dicha información, y a quien haya ejercido responsabilidad y control efectivo sobre las actividades con las que la desaparición forzada guardaba relación, y no haya adoptado las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir los hechos, o ponerlos en conocimiento de las autoridades competentes para su investigación o enjuiciamiento.

Las penas previstas por desaparición forzada tienen que guardar relación con la extrema gravedad de los hechos, y pueden determinarse atenuantes para quienes contribuyan a la reaparición con vida de las víctimas, a esclarecer los casos e identificar a las personas responsables. Deberá considerarse como un agravante de la pena el deceso de la víctima, y la desaparición forzada perpetrada respecto de personas en particular situación de vulnerabilidad (como embarazadas, o menores de edad).

La Convención prohíbe la invocación de obediencia debida para eximirse de responsabilidad por desapariciones forzadas; se prohibirán órdenes o instrucciones que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada, no se sancionará a quien se rehúse a obedecer una orden de cometer o participar de una desaparición forzada, y se garantizará que la misma tenga

acceso a informar debidamente a superiores y otros órganos competentes cuando conozca de una desaparición forzada o de su posible comisión. La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada es un crimen de lesa humanidad, y entraña las consecuencias del derecho internacional aplicable.

En caso de que se determine un plazo de prescripción de la acción penal para el delito de desaparición forzada (salvo, obviamente para crímenes de lesa humanidad), ha de contarse desde la cesación del delito, y el término de prescripción debe ser prolongado.

El Estado parte debe fijar su jurisdicción para juzgar desapariciones forzadas en diferentes circunstancias: cuando se cometen en su territorio o bajo su jurisdicción, y en caso de que la persona acusada sea nacional del mismo -o se encuentre bajo su jurisdicción- y no proceda a entregarla o extraditarla a otro Estado o una jurisdicción penal internacional.

Una persona que ha sido sometida a desaparición forzada debe gozar del derecho a denunciar los hechos, y a que las autoridades investiguen prontamente y de forma exhaustiva e imparcial los mismos, tomando medidas de protección –cuando sean necesarias- para quien las demanda, las personas allegadas, y quienes puedan haber sido testigos.

Si hay motivos para creer que ha ocurrido una desaparición forzada el Estado debe iniciar de oficio una investigación eficaz, en la cual las autoridades tengan recursos y acceso a cualquier lugar de detención. Si se obstaculiza la investigación se tomarán las sanciones pertinentes contra las personas responsables de dichas acciones.

Los Estados parte deben cooperar judicialmente entre ellos en casos de desaparición forzada, para asistir a víctimas, localizar, liberar, exhumar, identificar y entregar restos.

La Convención prohíbe la práctica de detención secreta, y establece que toda persona detenida ha de estar en un lugar oficialmente reconocido y controlado, garantizándosele la comunicación libre con su familia, abogado o abogada, y la comunicación con autoridades consulares si es extranjera.

Los lugares de detención de personas establecerán registros oficiales con los datos y circunstancias de las personas privadas de libertad, su estado de integridad física al ingreso, el detalle de si se le ha trasladado a algún lugar, y las circunstancias del deceso si ha fallecido; también de su liberación si ella se produjo, y qué autoridad se encargó de la misma. Las personas que posean un interés legítimo deben tener acceso a dicha información, y a interponer un recurso judicial rápido y efectivo a los efectos pertinentes. Los Estados deberán sancionar a quienes no cumplan, dilaten u obstruyan la realización de las obligaciones establecidas.

A efectos de prevenir desapariciones forzadas, investigarlas debidamente y resolverlas prontamente, la Convención prevé la capacitación y formación de sus agentes: especialmente personal militar, el encargado de aplicar la ley, quien cumple funciones médicas y los que intervengan en custodia o tratamiento de personas privadas de libertad.

La Convención indica que a sus efectos, víctima se considerará a toda persona desaparecida y toda otra que haya sufrido un perjuicio directo por la desaparición forzada. Se recoge especialmente el derecho de cada víctima a conocer la verdad, la evolución y resultado de la investigación, y la suerte por la persona desaparecida.

Los Estados deben adoptar medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de la persona, y en caso de fallecimiento, para la búsqueda, respeto y la restitución de

los restos mortales; los sistemas legales deben garantizar a las víctimas el derecho a la reparación e indemnización justa, rápida y adecuada, comprendiendo todos los daños materiales y morales. Asimismo, los componentes de la reparación deben abarcar la restitución, readaptación, satisfacción -incluido el restablecimiento de la dignidad y la reputación-, y las garantías de no repetición.

Los Estados parte tienen la obligación, sin perjuicio del deber de continuar con la investigación hasta establecer la suerte de la persona desaparecida, de adoptar las disposiciones apropiadas en relación con la situación legal de dicha persona -cuya suerte no haya sido esclarecida- y la de sus allegados, en ámbitos tales como la protección social, las cuestiones económicas, el derecho de familia y los derechos de propiedad.

Los Estados tomarán, igualmente, medidas para prevenir y sancionar penalmente la apropiación de niños o niñas víctimas de desaparición forzada, o cuyo padre, madre o representante es víctima de desaparición forzada, o cuando nacieron durante el cautiverio de su madre, y las conductas que a veces se derivan de dicha práctica aberrante (como la falsificación, el ocultamiento o la destrucción de documentos que prueben la verdadera identidad de los niños o las niñas). La cooperación mutua de los Estados parte apuntará a identificar y localizar niños o niñas víctimas, y a revisar adopciones, colocaciones o guardas para anularlas en su caso, todo ello considerando el interés superior y el derecho a preservar y recuperar la identidad.

La **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad** fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en la histórica jornada del 13 de diciembre de 2006; su texto indica que la discapacidad es un concepto que evoluciona y 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 sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Se reconoce la diversidad de las personas con discapacidad, y la importancia de la autonomía e independencia de las mismas a los efectos de decidir y de participar en los procesos de toma de decisiones a todo nivel. La Convención aborda la problemática de las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación, como las mujeres y las niñas, o quienes viven en situación de pobreza; se subraya la necesidad de incorporar perspectiva de género en toda actividad destinada a promover el pleno goce de los derechos humanos para las personas con discapacidad.

Se incluye como personas con discapacidad a los efectos de la Convención, a quienes posean deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que interactúan con diversas barreras que pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás personas.

La Convención establece una serie de definiciones específicas respecto de los conceptos de comunicación y lenguaje; los Estados parte asumen la obligación de realizar ajustes razonables (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 de cumplir con el diseño universal (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).

La discriminación por motivos de discapacidad se define como 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. Esto incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de llevar adelante ajustes razonables.

La obligación general que asumen los Estados parte en la Convención, es asegurar y promover el pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad, y sin discriminación alguna por motivos de discapacidad.

Asimismo, los Estados parte tomarán medidas especiales para modificar o derogar toda ley, reglamento, costumbre o práctica existente que constituya discriminación contra las personas con discapacidad, teniendo en cuenta en la política pública la protección y promoción de sus derechos humanos.

Además de abstenerse de realizar actos o prácticas incompatibles con la Convención, y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a ella, los Estados tienen que tomar medidas para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad; asimismo, emprender o promover investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, que requieran la menor adaptación y costo posible para satisfacer las necesidades específicas.

Los Estados parte prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo, y adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

Los Estados asumen la obligación de adoptar medidas inmediatas y efectivas para sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para luchar contra estereotipos, prejuicios y prácticas nocivas respecto de personas con discapacidad, incluidos los basados en género o edad.

La accesibilidad es un concepto clave en la Convención; se refiere a las medidas para asegurar acceso en condiciones de igualdad, a entorno físico, transporte, información y comunicaciones, incluso sistemas y tecnologías de la información y comunicaciones, y servicios de uso público en zonas urbanas y rurales, identificando y eliminando obstáculos y barreras de acceso. Dichas medidas se aplicarán a edificios, vías públicas, transporte, escuelas, viviendas, instalaciones médicas, lugares de trabajo, servicios de información, comunicaciones, electrónicos, y de emergencia.

La Convención identifica una serie de derechos que ha de garantizarse en condiciones de igualdad a las personas con discapacidad con el resto de las personas; a saber los derechos a la vida, a la protección en situación de conflicto armado u otra emergencia, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a que se tomen medidas para apoyar el acceso a la capacidad jurídica, a las salvaguardias que eviten abusos durante restricciones, a la propiedad y herencia, a controlar los asuntos económicos propios, y el acceso a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito. A las personas con discapacidad no se les privará de sus bienes de manera arbitraria.

El acceso a la justicia de las personas con discapacidad se debe garantizar ajustando los procedimientos a la edad y al tipo de discapacidad; debe capacitarse al personal judicial, policial y penitenciario en relación a los derechos a la libertad y seguridad; la discapacidad no debe justificar en ningún caso la privación

de libertad; cuando una persona con discapacidad es sometida a proceso, se han de tomar las medidas de ajustes razonables para que la misma disfrute de las debidas garantías; en cuanto a la prohibición de tortura y otros tratos o penas, se deja claro en la Convención que las personas con discapacidad han de prestar su consentimiento libre e informado para que se les someta a cualquier experimento médico o científico.

Las personas con discapacidad tienen derecho a que los Estados parte les brinden protección contra actos de explotación, violencia y abuso dentro y fuera del hogar, detectando, investigando y juzgando dichos hechos, teniendo en cuenta aspectos de género. Los servicios de protección tendrán en cuenta la edad, el género y la discapacidad, y se supervisarán por autoridades independientes.

La Convención subraya el derecho a la nacionalidad y a no sufrir privación de la misma por motivos de discapacidad; también lo hace respecto al derecho a la libertad de desplazamiento y a vivir de forma independiente (eligiendo el lugar de residencia y con quien vivir); se contempla finalmente el acceso a servicios de atención domiciliaria.

En cuanto al derecho a la movilidad personal, los Estados han de tomar medidas para garantizar la mayor independencia posible de las personas con discapacidad; respecto a las libertades de expresión, opinión y acceso a la información, ha de facilitarse diversos tipos de lenguajes y se alentará a entidades privadas y medios de comunicación que prestan servicios al público, a que actúen en igual dirección.

Las medidas que el Estado ha de tomar para poner fin a la discriminación en el hogar y la familia estarán destinadas a la igualdad de derechos en cuestiones relativas a contraer matrimonio, planificación familiar, decisiones autónomas sobre

reproducción, fertilidad, garantía del ejercicio de los derechos de custodia, guarda, tutela y adopción; junto con el acceso a la asistencia adecuada para el ejercicio responsable de dichas potestades. Los niños y niñas con discapacidad tienen derecho a la vida en familia; se deben prevenir la comisión de prácticas como ocultación, abandono, negligencia y segregación; no se les separará de sus padres contra su voluntad, salvo por autoridades competentes, con examen judicial, de acuerdo a la ley, y al principio de interés superior. La discapacidad no será una razón justificada de separación.

El derecho a no sufrir injerencia arbitraria en la vida privada de parte del Estado, comprende asimismo la protección de la información sobre salud y rehabilitación de las personas con discapacidad.

El derecho a un nivel de vida adecuado incluye alimentación, vestido y vivienda, la mejora continua de las condiciones de vida de las personas con discapacidad, y los derechos a la protección social y a gozar de la misma, la que debe disfrutarse sin discriminación por razones de discapacidad.

Los Estados tomarán medidas para asegurar el acceso al agua potable y a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza, especialmente de mujeres, niñas y personas mayores con discapacidad.

En torno a la educación, la Convención prevé que los Estados parte deben establecer un sistema inclusivo en todos los niveles educativos; no debe haber exclusión del sistema general de educación por motivos de discapacidad; la educación primaria y secundaria ha de ser inclusiva, de calidad y gratuita, y en igualdad de condiciones. Deben realizarse ajustes razonables en función de las necesidades individuales, con medidas que incluyan diversos lenguajes. Los Estados deben incorporar docentes, incluso con

discapacidad, que tengan calificación en lengua de señas o braille, y formar a profesionales y personal que trabajen en todos los niveles de enseñanza, con técnicas y materiales educativos para apoyar a las personas con discapacidad. Finalmente, los Estados han de asegurar a las personas con discapacidad el acceso general a 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 personas, por medio de ajustes razonables.

En torno al derecho al más alto nivel posible de salud, la Convención contempla aspectos particulares en las medidas a tomar por los Estados, que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación, junto a la adopción de programas y atención de salud gratuita o a precio asequible, de misma variedad y calidad; obviamente, han de considerarse servicios específicos como consecuencia de la discapacidad (incluidas la pronta detección e intervención, y otras políticas para prevenir y reducir aparición de nuevas discapacidades). El derecho a la salud incluye la salud sexual y reproductiva.

La Convención contempla deberes para los Estados parte en cuestiones relativas a la rehabilitación, y en cuanto a la adopción de medidas en el campo del trabajo y empleo (mercado y entorno laborales abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad, alentar oportunidades de empleo y formación profesional de las personas con discapacidad y promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias). Los Estados deben emplear a personas con discapacidad en el sector público, promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado, velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo, y asegurar que las personas con discapacidad no sean sometidas a

esclavitud ni servidumbre, y que estén protegidas en igualdad de condiciones contra el trabajo forzoso u obligatorio.

Los Estados parte deben garantizar el derecho a la participación en la vida política y pública de las personas con discapacidad, adoptando medidas de ajustes razonables y asistencia especial en todo el proceso electoral, fomentar la participación en asociaciones y organizaciones no gubernamentales, partidos políticos, y en la constitución e incorporación a organizaciones, de personas con discapacidad.

Las personas con discapacidad deben gozar en igualdad de condiciones con el resto de las personas, el derecho a la participación en la vida cultural; las leyes de protección de los derechos de propiedad intelectual en los Estados parte no serán una barrera excesiva o discriminatoria para el acceso de las personas con discapacidad a materiales culturales; debe reconocerse y apoyarse la identidad cultural y lingüística de las personas con discapacidad, incluidas lengua de señas y cultura de personas sordas.

Finalmente, las personas con discapacidad deben tener derecho a la participación en actividades recreativas, esparcimiento y deporte en todos los niveles, recibiendo instrucción, formación y recursos adecuados, garantizando su acceso a instalaciones deportivas, recreativas y turísticas, y asegurando que niños y 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 en el sistema escolar.

B. Los mecanismos convencionales

De los diferentes instrumentos convencionales surgen procedimientos de supervisión y monitoreo del cumplimiento de las obligaciones de los Estados parte; ellos son los mecanismos de examen de informes periódicos, de comunicaciones individuales, de denuncias interestatales, de apertura de investigaciones frente a violaciones graves o sistemáticas, y un mecanismo especial de visitas a centros de detención.

Existen actualmente diez órganos convencionales de supervisión, conocidos de manera común como “*órganos de tratados*”; todos se llaman “*comité*”, a excepción de uno de ellos cuyo nombre es “*subcomité para la prevención de la tortura*”.

Siete de dichos comités son creados por el instrumento principal que aplican (pacto o convención) y toman el nombre de dicho instrumento (la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial da nacimiento al Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer al Comité para 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 al Comité contra la Tortura; la Convención sobre los Derechos del Niño al Comité sobre los Derechos del Niño; la Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias al Comité de los Trabajadores Migrantes; la Convención para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas al Comité sobre Desapariciones Forzadas; y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

El Comité de Derechos Humanos, si bien también fue creado por el instrumento principal que aplica, no toma su nombre

del título del mismo (ya que fue establecido por el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos).

El Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura –que focaliza la prevención de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes en lugares de detención-, crea como órgano de supervisión internacional al Subcomité para la prevención de la Tortura.

Finalmente, el Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales no fue establecido por el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sino por una resolución aprobada en el año 1985 por el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas.

Quienes componen los órganos de tratados son personas que deben poseer una reconocida competencia y experticia en la materia en cuestión; son igualmente independientes y actúan a título personal. Se les elige en la Asamblea de Estados parte del instrumento principal que aplican, a propuesta de un Estado. La excepción está dada en el proceso de elección de quienes integran el Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que se lleva adelante en el seno del Consejo Económico y Social.

El mandato de las personas que integran los órganos de tratados es de cuatro años, y en casi todos se permite la reelección sin límites. Sin embargo, los últimos instrumentos adoptados limitan la posibilidad de reelección a un período adicional consecutivo (de modo que nadie permanezca en uno de dichos órganos más de ocho años seguidos); ello sucede en el Subcomité para la Prevención de la Tortura, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y el Comité sobre Desapariciones Forzadas.

La experticia e independencia son elementos fundamentales; no obstante, en la práctica hay integrantes de órganos de tratados que, por ejemplo, cumplen diversas funciones en los Estados; la Reunión de Presidentes y Presidentas de Órganos de Tratados de derechos humanos adoptó las Directrices de Addis Ababa en junio de 2012, sobre la independencia e imparcialidad de quienes integran dichos cuerpos; ese documento ha sido luego refrendado al interior de los diferentes Comités, aunque su implementación resulta compleja porque las nominaciones de los Estados en las candidaturas que presentan no suelen ceñirse a dichos principios, y no existe un mecanismo formal de impugnación con base en dicho criterio.

La integración de los órganos de tratados no es uniforme: el Comité de Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura y el Comité sobre Desaparición Forzada están compuestos de diez personas; el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité para eliminar la Discriminación Racial, el Comité sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes, y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se compone de dieciocho personas expertas; el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer se compone de veintitrés personas; finalmente, el Subcomité para la Prevención de la Tortura cuenta con veinticinco integrantes.

Cada órgano de tratado interpreta y aplica un bloque jurídico compuesto de uno o más instrumentos, de acuerdo a su mandato: el Comité de Derechos Humanos tiene competencia respecto del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos y sus dos Protocolos Facultativos; el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales respecto del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo; el Comité para la Eliminación de la Discriminación

Racial respecto de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial; el Comité contra la Tortura respecto de la Convención contra la Tortura; el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer respecto de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo; el Comité sobre los Derechos del Niño respecto de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus tres Protocolos Facultativos; el Comité sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes respecto de la Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias; el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad respecto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo; el Comité sobre Desaparición Forzada respecto de la Convención para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; y el Subcomité para la Prevención de la Tortura respecto del Protocolo Facultativo adicional a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Todos los Comités presentan cada año un informe de actividades ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, que considera dichos documentos en las sesiones de trabajo de su tercera comisión. La Convención para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, asimismo regula la posibilidad de que el Comité sobre Desapariciones Forzadas pueda presentar para la consideración de la Asamblea General, informes sobre desapariciones forzadas extendidas y sistemáticas en un Estado, cuando así lo considere conveniente.

a) El mecanismo de examen de informes periódicos

El mecanismo de examen de informes periódicos de los Estados se encuentra previsto en los dos pactos y las siete convenciones que forman parte del régimen convencional, así como en los tres protocolos substanciales del sistema (los dos primeros protocolos adicionales a la Convención sobre los Derechos del Niño y el Segundo Protocolo Facultativo anexo al Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos).

Todos los comités están habilitados a examinar informes periódicos de los Estados parte con base en los instrumentos que aplican; el mecanismo es automático –es decir que basta para su aplicación la simple ratificación o adhesión del Estado al instrumento, no siendo necesario ningún requisito adicional-. Los Estados no pueden formular reservas a su obligación de presentar informes ante los Comités.

En los instrumentos se determina la obligación para los Estados parte de presentar un informe inicial; el tiempo de cumplimiento de dicho deber está fijado en un año ante seis comités: el Comité de Derechos Humanos, el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Comité contra la Tortura y el Comité sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes.

En cuanto al Comité de Derechos del Niño, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y el Comité sobre Desapariciones forzadas, los Estados parte en los instrumentos respectivos asumen la obligación de presentar el informe inicial para su revisión, a los dos años de la ratificación o adhesión de la respectiva convención.

Luego, para continuar con el mecanismo de monitoreo, los informes periódicos se deben presentar sucesivamente cada cuatro años ante el Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Comité contra la Tortura y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Si bien la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial prevé informes periódicos cada dos años, en la práctica se presentan cada cuatro (dos “informes combinados”).

Los informes periódicos ante el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos del Niño y el Comité sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes, se presentan por los Estados cada cinco años.

El Comité de Derechos Humanos tiene la facultad convencional de decidir cuando será la presentación del siguiente informe en cada ocasión que examina a un Estado, lo que deja establecido en sus observaciones finales respectivas en relación al Estado en cuestión. En sus métodos de trabajo, el Comité estableció que dichos plazos estarán entre un mínimo de tres años y un máximo de siete.

Finalmente, el Comité sobre Desapariciones Forzadas no tiene prevista la periodicidad regular, sino que luego de examinado el informe inicial, puede llamar a entregar un nuevo informe a un Estado cuando así lo considere conveniente.

Una vez que un Estado ha presentado su informe inicial o periódico ante el Comité respectivo, éste aprueba una lista de temas que se compone de puntos y cuestiones sobre las que se solicita información complementaria –generalmente más específica- que debe enviarse por escrito de parte del Estado dentro de un plazo que determina el Comité. Cumplida esa etapa, se fija una audiencia pública a la que han de acudir representantes

del Estado para mantener un intercambio de puntos de vista con los expertos y expertas, así como responder oralmente sus preguntas e inquietudes.

La naturaleza del procedimiento de examen de informes es bajo la forma de un diálogo interactivo entre el Comité y el Estado, a los efectos de que el primero pueda supervisar el grado de implementación de las obligaciones internacionales al interior del Estado, y ayudarle a éste a cumplir más acabadamente con las mismas.

Luego de las audiencias el Comité pertinente elabora un documento llamado “*observaciones finales*”, en el que destaca puntos positivos, motivos de preocupación y recomendaciones para el Estado examinado, en torno a los aspectos que fueron objeto del diálogo interactivo.

Algunos Comités han establecido un mecanismo simplificado alternativo de examen para los informes periódicos (no para el informe inicial), facultativo para los Estados, consistente en iniciar directamente el proceso con la confección -de parte del Comité respectivo- de una lista de temas para que sea respondida por el Estado examinado. Este mecanismo (vigente ante el Comité contra la Tortura, el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Comité de Trabajadores Migrantes, y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) es menos burocrático y de mayor agilidad para el examen, ya que se focaliza desde el inicio en los posibles motivos de preocupación que existan.

Cuando los Estados incumplen con la obligación de presentar informes, algunos Comités (el Comité contra la Tortura, el Comité de Derechos Humanos, el Comité sobre los derechos de

los Trabajadores Migrantes y el Comité para Eliminar todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) han incorporado en sus reglas de procedimiento la factibilidad de efectuar -de todas maneras- un examen de la situación de los derechos contemplados en los instrumentos que aplican, para lo cual notifican al Estado que se procederá al examen “en ausencia de informe” y se le invita a responder a la lista de cuestiones por escrito. Pasado el plazo otorgado para recibir las respuestas, se fija la fecha de la audiencia y se invita al Estado a asistir a la misma, por lo que es factible que un Estado participe de las audiencias sin haber presentado informe y/o respuestas a las lista de cuestiones

El procedimiento de examen de informes es público en todas sus etapas: los informes de los Estados, la lista de temas, las respuestas a las mismas, la información que brindan organizaciones no gubernamentales, etc., se colocan en el sitio web del Comité respectivo a medida que se van presentando; las observaciones finales aprobadas por el Comité, se hacen públicas una vez adoptadas y transmitidas a los Estados respectivos.

La sociedad civil participa cada vez más profundamente y de manera activa en el examen de informes de los Estados. Ya sin formalismos, organizaciones no gubernamentales locales e internacionales pueden enviar información al Comité (*informes sombra o informes alternativos*) para que la misma sea contrastada con la que es brindada por el Estado, y de esa forma brindar insumos a quienes integran los Comités para la formulación de preguntas o inquietudes en las listas de temas y/o en las audiencias.

Se celebran reuniones informales de integrantes de los Comités con representantes de la sociedad civil; ello ocurre antes de las audiencias públicas, y a veces con anterioridad a la adopción de la lista de temas para que el Estado responda por

escrito. Esos encuentros pueden ser presenciales o vía electrónica; algunos Comités prevén incluso un espacio de participación formal para las ONGs –y para las instituciones nacionales de derechos humanos NHRI- en la sesión, antes de que se realice la audiencia con el país a examinar.

Algunos Comités (todos ellos salvo el Comité de Derechos del Niño y el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales) establecen un mecanismo de seguimiento del procedimiento de informes, por el cual priorizan tres o cuatro de sus observaciones finales y le solicitan al Estado respectivo que de cuenta en el plazo de un año (para el Comité sobre Trabajadores migrantes el plazo es de dos años), de un detalle de las medidas tomadas para implementar las recomendaciones seleccionadas.

Actualmente el sistema descrito se encuentra en crisis por el alto número de ratificaciones de los instrumentos internacionales, lo que deriva en una multiplicidad de informes que los Estados tienen que presentar ante los Comités –y que estos no tienen tiempo ni recursos de procesar prontamente-, amén de la superposición de información y la evaluación reiterada de ciertos temas en varios foros.

b) El mecanismo de examen de comunicaciones individuales

Si la revisión de la política pública para garantizar en general los derechos humanos encuentra su mejor mecanismo convencional en la evaluación de informes periódicos de los Estados parte, para quienes se consideran víctimas de violaciones a las obligaciones convencionales de derechos humanos el procedimiento por excelencia que existe, es la facultad que tienen

los Comités para recibir, tramitar y resolver comunicaciones individuales, determinar -llegado el caso- la responsabilidad internacional del Estado, y dictaminar las consecuentes medidas de reparación.

Si bien el mecanismo de comunicaciones individuales es factible ante todos los Comités, en ninguna de sus posibilidades resulta automático por la mera ratificación o adhesión al instrumento principal; llegado el caso, el Estado deberá haber ratificado o adherido a dos instrumentos jurídicos –el instrumento principal y un protocolo-, o sumar una declaración expresa por la que se reconoce la competencia del Comité para conocer de casos individuales a la ratificación del instrumento principal –cuando el procedimiento está previsto en el mismo-.

En efecto, en algunos casos el procedimiento de comunicaciones individuales se prevé en el propio cuerpo del instrumento principal (ello sucede en la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes, la Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, y la Convención sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas). De acuerdo a las reglas de competencia fijadas para dichas situaciones, a efectos de que los respectivos comités puedan recibir y tramitar comunicaciones individuales se requiere, además de la ratificación del instrumento general, una declaración expresa del Estado aceptando el procedimiento. Dicho acto puede ser efectuado en ocasión de la ratificación o adhesión, o en un momento posterior.

En otros casos, el procedimiento de comunicaciones individuales se regula en instrumentos separados bajo la forma de protocolo; así, el Primer Protocolo Adicional al Pacto

Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos (1966) prevé este mecanismo para el Comité de Derechos Humanos; el Protocolo Adicional al Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2008) lo hace para el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Protocolo Adicional a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1996) lo consagra para el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; el Protocolo Adicional a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) lo regula para el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; finalmente el Tercer Protocolo Facultativo adicional a la Convención sobre Derechos del Niño (2011) habilita el procedimiento para el Comité de Derechos del Niño. Naturalmente, en estas ocasiones, el Comité en cuestión podrá actuar si el Estado ha ratificado o adherido al Pacto o la Convención de que se trate y, además, al Protocolo respectivo.

Si bien el procedimiento hoy es factible ante todos los Comités, algunos de ellos no nacieron con la competencia de conocer comunicaciones individuales, y la adquirieron posteriormente. Los tres casos concretos en que se dio este fenómeno han sido los procedimientos ante el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, órgano que fue establecido por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en 1979, aunque el mecanismo de comunicaciones individuales se prevé en el Protocolo Facultativo a la misma, adoptado en 1996; el Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establecido en 1985 por una resolución del Consejo Económico y Social para monitorear el grado de cumplimiento del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, y al cual se le reconoció competencia en casos individuales recién en el Protocolo Facultativo al Pacto,

adoptado en 2008; y finalmente el Comité sobre los Derechos del Niño, que fue creado por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, y al cual se le reconoció competencia para resolver comunicaciones individuales en el Tercer Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptado en el año 2011.

Los procedimientos de comunicaciones individuales por ante los diferentes Comités son de naturaleza confidencial, contradictoria y escrita –como excepción y muy raramente se prevé algún tipo de audiencia-. No está habilitada la acción popular, por lo que las denuncias pueden ser presentadas por quienes se presuman víctimas o quienes les representen. Es factible que se tomen denuncias de parientes o personas cercanas a la víctima, que aunque no actúen con la representación de ella lo hacen en su nombre y frente a la imposibilidad de la víctima de presentar por sí misma la denuncia, o de prestar el consentimiento.

Como en todo procedimiento internacional de denuncias individuales, quien presente la comunicación tiene el deber de agotar previamente las vías de recursos internos (remedios jurisdiccionales eficaces y efectivos) para obtener la reparación de la violación de que se trate en la esfera doméstica, salvo que los mismos no existan, no estén disponibles, o su tramitación al interior del Estado se lleve adelante con una demora excesiva e injustificada.

A diferencia de lo que sucede en los sistemas regionales que regulan procedimientos de comunicaciones individuales, ante la mayoría de los Comités no existe un plazo de caducidad para presentar la denuncia una vez agotadas las vías de recursos internos. Ante el Comité contra la Tortura no debe transcurrir un tiempo “extremadamente largo como para que el examen de

las denuncias plantee dificultades indebidas”; y en el reglamento del Comité de Derechos Humanos, si bien el Primer Protocolo Facultativo al Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos no fija plazo, se establece que podría considerarse como un abuso del derecho, efectuar una presentación una vez pasados cinco años del agotamiento de los recursos internos.

El plazo de caducidad establecido para presentar una comunicación individual ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial es de seis meses luego del agotamiento de los recursos internos, excepto en circunstancias excepcionales debidamente comprobadas. Finalmente, ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y ante el Comité de Derechos del Niño el plazo de presentación de la comunicación es de un año una vez agotadas las vías de recursos internos, a menos que se demuestre la imposibilidad de haber acudido ante el órgano respectivo.

En el procedimiento de comunicaciones individuales ante todos los Comités si las presentaciones carecen claramente de fundamento, son incompatibles con las disposiciones del Pacto o Convención respectiva, o demuestran mala fe, se declaran inadmisibles; lo mismo sucede cuando la denuncia constituye un abuso del derecho a presentar comunicaciones.

En ningún caso se admiten denuncias anónimas, aunque para las peticiones individuales ante el Comité para Eliminar la Discriminación Racial se determina como excepción que “podrían comunicarse de manera anónima a los Estados respectivos”.

Las denuncias deben presentarse por escrito ante cinco comités (Comité de Derechos Humanos, Comité contra la Tortura, Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Comité sobre los Derechos

Económicos, Sociales y Culturales, y Comité sobre los Derechos del Niño). En los cuatro restantes (Comité para Eliminar la Discriminación Racial, Comité sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes, Comité sobre Desapariciones Forzadas y Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) no es necesario que la denuncia se realice exclusivamente por la vía escrita.

En el caso de las denuncias ante el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que aquel podrá negarse a considerar una comunicación que no revele que la persona autora de la misma, ha estado en una situación de clara desventaja, salvo que la comunicación plantee una cuestión grave de importancia general.

Algunos procedimientos de comunicaciones individuales prevén expresamente que los Estados tienen la obligación de tomar las medidas adecuadas para evitar cualquier maltrato o intimidación (represalia) como consecuencia de la presentación de la denuncia; ello se reguló por primera vez convencionalmente en el Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer para los casos ante el Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. La misma previsión se ha establecido en el Protocolo Adicional al Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales para las comunicaciones ante el Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y en el Tercer Protocolo Adicional a la Convención sobre los Derechos del Niño para los casos que se tramiten ante el Comité de Derechos del Niño. El sentido de estas disposiciones es dejar establecido el deber de los Estados de proteger a las personas implicadas en la presentación de una comunicación individual.

Todos los Comités, a excepción del Comité sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes –que aún no tiene regulación sobre ello- pueden recomendar la toma de medidas provisionales para evitar un daño irreparable. En los procedimientos más antiguos, han sido los propios Comités quienes establecieron dicha posibilidad en las reglas de procedimiento aprobadas por ellos mismos (reglamentos); esto se constata para los casos del Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité contra la Tortura, y el Comité de Derechos Humanos. En cuatro casos (el Comité de Derechos del Niño, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), los protocolos respectivos regulan expresamente la facultad del Comité en cuestión para disponer medidas provisionales; finalmente, en el cuerpo de la Convención sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, se prevé la posibilidad de adoptar medidas provisionales de parte del Comité sobre Desapariciones Forzadas.

Los dos últimos procedimientos de comunicaciones adoptados convencionalmente prevén la posibilidad de que el caso presentado se resuelva por intermedio de una *solución amistosa* (el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fijó este procedimiento por primera vez para asuntos ante el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; igualmente, el Tercer Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño regula dicha posibilidad para comunicaciones individuales ante el Comité de Derechos del Niño).

En cuanto al procedimiento de la comunicación, una vez presentada la misma el comité respectivo le da traslado al Estado para que -en un plazo determinado- este responda a

las alegaciones de la petición; dicha respuesta igualmente se envía a la persona autora de la comunicación para que efectúe comentarios, y esos comentarios se transmiten al Estado para que a su vez presente las observaciones que considere pertinente. Puede haber más envíos del comité a las partes, siempre respetando plenamente el principio de contradictorio y la igualdad de armas.

Los Comités evalúan las diversas alegaciones presentadas y el conjunto de las distintas pruebas que se pusieron a la consideración de los mismos; en sesión confidencial llegan a una conclusión en la que determinan para el caso concreto, si se han violado una o más disposiciones del Pacto, Convención o Protocolo sustantivo que aplican. En caso positivo, encuadran jurídicamente los hechos -identificando los artículos convencionales pertinentes-, y disponen medidas para reparar las violaciones cometidas.

Para las violaciones alegadas a los derechos económicos, sociales y culturales ante el Comité de Derechos del Niño y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos órganos evalúan -a los efectos de determinar o no la responsabilidad del Estado- la razonabilidad de las medidas adoptadas por el Estado para hacer efectivos aquellos.

Los nuevos instrumentos (Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Convención para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, Protocolo Adicional al Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Tercer Protocolo Adicional a la Convención sobre los Derechos del Niño) establecen la obligación para los Estados, de

dar una respuesta de seguimiento en torno al cumplimiento del dictamen del Comité respecto de la comunicación tramitada, en el plazo de seis meses de adoptado el mismo y -según el caso- al Comité para Eliminar todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité sobre Desapariciones Forzadas, y el Comité sobre los Derechos del Niño.

Por disposiciones reglamentarias el Comité contra la Tortura puede recomendar medidas de seguimiento de sus decisiones si lo considera necesario, por lo que aquel posee una mayor flexibilidad y la factibilidad de escoger los asuntos sobre los que desea focalizar la supervisión.

En el caso del Comité de Derechos Humanos, sus dictámenes siempre finalizan estableciendo un plazo de seis meses para que los Estados informen las medidas de cumplimiento, que se examinan por una relatoría especial encargada del seguimiento de las decisiones.

c) El mecanismo de denuncias interestatales

Este mecanismo prevé que un Estado denuncie a otro ante un Comité, por el incumplimiento de una o más de las obligaciones en virtud del pacto, convención o protocolo substancial respectivo. Siete comités poseen esta competencia (los dos que no están facultados a recibir comunicaciones entre Estados son el Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

El procedimiento de denuncia interestatal es automático en el caso del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial –por lo que alcanza a todos los Estados parte-; ante los otros comités, se requiere una manifestación adicional de la voluntad expresa del Estado, que se suma a la ratificación o adhesión del instrumento que contiene el procedimiento interestatal.

Así, en el caso del Comité de Derechos Humanos se requiere la ratificación o adhesión al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y una declaración de aceptación de la competencia del Comité para tramitar denuncias entre Estados; en el caso del Comité contra la Tortura se requiere la ratificación o adhesión a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la realización de una declaración de aceptación de la competencia del Comité para tramitar denuncias entre Estados; en el caso del Comité sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes se requiere la ratificación o adhesión a la Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias y una declaración de aceptación de la competencia del Comité para tramitar denuncias entre Estados, y finalmente en el caso del Comité sobre Desapariciones Forzadas, se requiere la ratificación o adhesión de la Convención para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas sumada a una declaración de aceptación de la competencia del Comité para tramitar denuncias entre Estados.

Para que el Comité sobre los Derechos del Niño pueda entender en casos entre Estados, se requiere la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, la ratificación del Tercer Protocolo Facultativo a la misma, y la realización de una declaración específica del Estado Parte aceptando el procedimiento de denuncia interestatal. Lo mismo sucede en el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ya que para que el mismo pueda entender en casos entre Estados se

requiere la ratificación del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la ratificación del Protocolo Facultativo al mismo, y la realización de una declaración específica del Estado Parte aceptando el procedimiento de denuncia interestatal. Es decir, en estos dos comités, el mecanismo de denuncia interestatal necesita de tres requisitos previos del Estado –dos ratificaciones o adhesiones y una declaración de aceptación expresa de la competencia del órgano internacional-.

El Estado que denuncia a otro ante cualquiera de los comités, también debe haber aceptado la competencia del Comité respectivo para recibir denuncias de otros Estados en su contra.

En todos los comités que prevén el procedimiento de denuncia interestatal es factible que el asunto finalice con una solución amistosa entre las partes, por lo que el mecanismo asume en una de sus etapas, una posible naturaleza de “conciliación” como método de resolución de controversias internacionales.

El procedimiento de denuncias interestatales ante los comités encargados de interpretar y aplicar los tratados de derechos humanos no cuenta con asuntos decididos –hay tres presentaciones realizadas en el año 2018: una de Palestina contra Israel, otra de Qatar contra Arabia Saudita, y la última de Qatar contra los Emiratos Árabes Unidos-; todos esos casos se llevaron al Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial y están en trámite, por lo que el sistema carece -hasta el momento- de jurisprudencia en materia interestatal.

d) Procedimientos de investigación

Algunos comités se encuentran facultados para decidir iniciar una investigación sobre la situación de derechos humanos al

interior de un Estado parte en relación a la existencia de un cuadro particular de situación.

El Comité contra la Tortura ha sido el primero habilitado convencionalmente para llevar adelante un procedimiento de investigación para casos de tortura sistemática: la competencia del Comité se presume aceptada por el Estado, a menos que por declaración expresa al momento de ratificar o adherir a la Convención contra la Tortura (1984), este haya rechazado someterse al procedimiento.

El Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1996) establece la posibilidad de que el Comité para Eliminar todas las Formas de Discriminación contra la Mujer decida iniciar un procedimiento de investigación frente a violaciones graves o sistemáticas de la Convención. La competencia del Comité se presume aceptada por el Estado, a menos que por declaración expresa al momento de ratificar o adherir al Protocolo, aquel haya rechazado el procedimiento.

El Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece la posibilidad de que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad decida iniciar un procedimiento de investigación frente a violaciones graves o sistemáticas de la Convención. La competencia del Comité se presume aceptada por el Estado, a menos que por declaración expresa al momento de ratificar o adherir al Protocolo, aquel haya rechazado el procedimiento.

El Tercer Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño establece la posibilidad de que el Comité sobre los Derechos del Niño decida iniciar un procedimiento de investigación frente a violaciones graves o sistemáticas de la Convención. La competencia del Comité se presume aceptada

por el Estado, a menos que por declaración expresa al momento de ratificar o adherir al Protocolo, aquel haya rechazado el procedimiento.

Finalmente, El Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales regula la posibilidad de que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales decida iniciar un procedimiento de investigación frente a violaciones graves o sistemáticas del Pacto. La Competencia no se presume aceptada por el Estado, por lo que para que el Comité esté facultado a iniciar un procedimiento respecto de un Estado, este debe ser parte en el Pacto, en el Protocolo, y además haber realizado una declaración expresa de aceptación del procedimiento – que puede efectuar en cualquier momento -.

En todos los casos, estos procedimientos son confidenciales y se establece la posibilidad – bajo ciertos requisitos – de realizar una *visita in loco* al país por parte del Comité.

Ante el Comité sobre Desapariciones Forzadas, si bien no existe un “procedimiento de investigación” establecido al estilo de los descritos anteriormente, se prevé que aquel pueda solicitar al Estado, que este le permita visitar el país en caso de poseer información que revele la existencia de un cuadro de violaciones graves a la Convención contra las Desapariciones Forzadas.

Finalmente, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial adoptó por un documento de trabajo aprobado en el año 1993 y revisado en el año 2007, un procedimiento de “Alerta temprana y acción urgente”, para casos de discriminación racial con dimensiones de genocidio (empleo de armas químicas, bombardeo de aldeas, torturas, violación, o ejecuciones extrajudiciales contra minorías o pueblos indígenas); situaciones de desplazamiento interno o flujo de refugiados por casos de discriminación racial; injerencia en tierras de

comunidades que amenazan con causar daños irreparables (explotaciones, proyectos de infraestructura); y de propagación rápida de violencia y odio raciales, tensiones étnicas, propaganda racista o llamamiento a la intolerancia racial.

En cuanto al procedimiento para llevar adelante este mecanismo, el Comité respectivo conforma un grupo de trabajo de cinco integrantes que estudia la situación en cuestión y le formula recomendaciones al plenario del Comité, quien puede adoptar decisiones al respecto, enviar una comunicación formal al Estado, y realizar declaraciones públicas en las que se reflejen las constataciones.

La mayor dificultad que posee en la práctica el procedimiento que se examina en el presente acápite, es la escasez de presupuesto regular en los órganos de tratados para poder hacer frente a las necesidades de abrir investigaciones frente a cuadros de violaciones graves o sistemáticas, lo que impacta negativamente la eficacia del trabajo frente a situaciones muy complejas –que de todas maneras no quedan sin cobertura en el sistema, ya que se abordan bajo los mecanismos extra convencionales-.

e) Observaciones Generales

Las Observaciones Generales (o comentarios generales) son documentos que pueden adoptar los diferentes Comités, para aclarar el sentido y alcance de una o más disposiciones jurídicas de los instrumentos que interpretan y aplican. Son de mucha utilidad para que los Estados las utilicen a los efectos de diseñar y ejecutar la política pública en diversos sectores, y llevar adelante esa tarea en consonancia con las obligaciones internacionales asumidas en materia de derechos humanos.

La decisión de realizar un comentario general se efectúa en el propio Comité, para lo cual este designa una persona o dos entre sus integrantes para que actúen como relator, relatora o relatores –en algunos casos los comités acuden a personas externas al mismo para que realicen los proyectos de textos a discutir-.

La relatoría efectúa un borrador de comentario general que se somete a la consideración del Comité para su discusión y aprobación párrafo por párrafo, por lo que suele haber muchas diferencias entre los proyectos originales y los finalmente adoptados.

El contenido de los comentarios generales suele reflejar la compilación de lo actuado por el Comité sobre el tema, así como también ciertas consideraciones en relación a la aplicación del Pacto, Convención o Protocolo sustantivo, a desafíos contemporáneos que merecen abordaje.

Las organizaciones de la sociedad civil participan muy activamente desde el inicio del proceso, presentando sus posicionamientos por escrito y en reuniones de trabajo; por su parte los Estados son llamados a realizar consideraciones y contribuciones una vez aprobada la “primera lectura” del comentario general; las posiciones de los Estados se entienden y debaten en el Comité durante la segunda -y última- lectura.

El mecanismo de trabajo es público –todos los debates del Comité se realizan en sesión pública- y a la adopción de los párrafos en particular y del documento general se llega bajo la fórmula del consenso como método de trabajo. La aprobación del comentario general –una vez finalizada la segunda lectura- lo convierte en un documento oficial del Comité.

Es factible que un Comité desarrolle paralelamente la adopción de dos comentarios generales al mismo tiempo –ha sido en algún

caso la práctica del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales-, y también existe la posibilidad de que dos comités confeccionen un comentario general conjunto (así lo han hecho, por ejemplo, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Comité de Derechos del Niño, que elaboraron un comentario general conjunto sobre prácticas dañinas para la salud de niñas).

Las observaciones generales fijan posición de los Comités, y son muy tenidas en cuenta para los trabajos posteriores de los mismos –ya sea examinando Estados o resolviendo casos individuales-.

f) Visitas a lugares de detención

El 18 de diciembre de 2002 la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas aprobó el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; este instrumento hace hincapié en la necesidad de prevenir hechos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, en aquellos lugares en que los mismos devienen más frecuentes, por la situación de particular vulnerabilidad en que se encuentran las personas privadas de libertad.

El Protocolo es revolucionario en el derecho internacional, debido a que establece un mecanismo dual de supervisión de las obligaciones asumidas por los Estados parte, a través fundamentalmente de un sistema de visitas periódicas que se encuentra a cargo de un órgano internacional –el *Subcomité para la Prevención de la Tortura* creado por el Protocolo-, así como de los llamados “*mecanismos nacionales de prevención*”.

Los Estados asumen la obligación de permitir las visitas que le solicite el Subcomité para la Prevención de la Tortura, quien debe tener libre acceso y sin interferencias a cualquier lugar de detención formal o informal, incluyendo cárceles, comisarías, hospitales psiquiátricos, y todo lugar en que se encuentren personas privadas de la libertad.

Los mecanismos nacionales de prevención tienen como función examinar periódicamente el trato que se les dispensa a las personas privadas de libertad visitando los lugares de detención o reclusión, hacer recomendaciones a las autoridades nacionales, y elevar propuestas de legislación para prevenir adecuadamente la tortura y los malos tratos; naturalmente, en su tarea interactúan con el Subcomité.

2. La protección extra convencional

El fin de la segunda guerra mundial identificó la necesidad de que se establezcan mecanismos internacionales de monitoreo del comportamiento de los Estados en materia de derechos humanos; sin embargo, aunque el sistema tenía que construirse, existía poca predisposición en la recientemente creada Organización de las Naciones Unidas, adonde se observaban fuertes resistencias de los Estados para adoptar instrumentos jurídicos vinculantes que creen órganos de supervisión.

Si bien en 1946 nace la Comisión de Derechos Humanos por resolución del Consejo Económico y Social, éste prontamente aclaró que aquella no se encontraba facultada para tomar medidas en relación a reclamos relativos a los derechos humanos.

Recién en 1959 el Consejo Económico y Social determina que la Secretaría General de las Naciones Unidas confeccionaría dos

listas en torno a cuestiones de derechos humanos: una pública en la que se resumen comunicaciones relativas a la promoción, y otra confidencial en la que se resumen las quejas por violaciones, las que se envían a los Estados interesados.

La década de 1960 se caracteriza entre otros fenómenos, por la incorporación a la Organización de las Naciones Unidas de muchos Estados –especialmente africanos- nacidos a la independencia luego de haber sufrido el colonialismo y las diversas prácticas de discriminación derivadas de dichos regímenes.

La comunidad internacional también se encontraba consternada frente a la política del *apartheid* practicada por el régimen de África del Sur en dicho país y en el África sud occidental, al tiempo que aumentaban las críticas frente a la inacción de la Organización de las Naciones Unidas al respecto.

Por ello no fue extraño que de la mano de los Estados incorporados a Naciones Unidas, se aprobara la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial en 1965, y un año después -casi dos décadas luego de la adopción de la Declaración Universal de las Naciones Unidas-, la Asamblea General diera nacimiento al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Sin embargo, la situación del *apartheid* y otras violaciones a los derechos humanos relacionadas con dicha práctica no podían examinarse bajo esos instrumentos jurídicos convencionales, ya que África del Sur no los había ratificado, y por otra parte tampoco estaban en vigor (la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial lo hizo en 1969 y los dos pactos internacionales recién en 1976).

Para hacer frente a la situación descrita el Consejo Económico y Social aprobó en 1967 su Resolución 1235, en la que se habilita a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU a examinar de manera pública toda “*Cuestión de la violación de los Derechos Humanos, incluida la política de discriminación racial y segregación, y el apartheid*”, dando nacimiento a los llamados “*procedimientos extra convencionales*” por medio de los cuales se permite realizar un abordaje de la situación de derechos humanos en un Estado, independientemente de que el mismo sea parte o no en instrumentos convencionales de derechos humanos. Con base en ello, en 1967 la Comisión de Derechos Humanos de la ONU crea un grupo especial de personas expertas para que investigue la situación de derechos humanos en África meridional.

En el universo del sistema extra convencional, los procedimientos públicos se clasifican en generales y especiales, y estos últimos a su vez en geográficos o temáticos; hay asimismo un procedimiento confidencial –al que se hace referencia más adelante- que nació de la adopción, en el año 1970, de la Resolución 1503 del Consejo Económico y Social.

En la actualidad, los procedimientos extra convencionales (ya sean públicos o confidenciales) dependen del Consejo de Derechos Humanos, órgano que en el año 2006 fue creado por la Asamblea General para reemplazar a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

A. El procedimiento público general

Este mecanismo de control se lleva adelante a través del debate público en torno a una situación de derechos humanos, discusión que se producía originalmente en la Comisión de Derechos

Humanos –en el abordaje del *ítem* 12 de su programa de trabajo, llamado “cuestión de las violaciones a los derechos humanos y las libertades fundamentales en cualquier país y en especial en los territorios coloniales y dependientes”-. Actualmente el Consejo de Derechos Humanos –que asumió las competencias de la antigua Comisión- establece un espacio formal en su agenda de labor,...

Al realizarse este escrutinio sin un estudio previo de la situación a cargo de un órgano independiente, el mecanismo se expone a un mayor riesgo de verse atrapado en debates signados por las posiciones y conveniencias políticas, y su resultado muy vinculado a la composición coyuntural del Consejo de Derechos Humanos, que puede resolver adoptar medidas –entre ellas el establecimiento de un procedimiento geográfico especial- o no.

B. Los procedimientos públicos especiales

Con base en la Resolución 1235 del Consejo Económico y Social se han desarrollado a lo largo de la historia una gran cantidad de procedimientos públicos especiales; por medio de ellos, antes la Comisión de Derechos Humanos y actualmente el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, deciden el nombramiento de una persona (relator o relatora) o el establecimiento de un grupo de trabajo, dotándoles de mandatos geográficos (para un país) o temáticos (un tema de derechos humanos que revista interés).

Quienes titularizan los mecanismos públicos especiales son personas expertas independientes que actúan a título personal; la posibilidad de postulación a cargos de relatorías y grupos de trabajo está abierta para cualquier persona que lo desee, sin necesidad de que le presente un Estado –a diferencia de lo que

ocurre con el proceso de selección para integrar los órganos de tratados-; el procedimiento de selección implica un análisis técnico de antecedentes, entrevistas, y finalmente la escogencia se efectúa por la presidencia del Consejo de Derechos Humanos sobre la base de una propuesta de un grupo asesor en que participa un Estado por región de las Naciones Unidas entre aquellos que componen el Consejo de Derechos Humanos; dicha elección se completa cuando es refrendada por el pleno del propio Consejo.

El mecanismo presenta, desde ese punto de vista, ventajas en relación al previsto para la integración de órganos de tratados, en que las postulaciones necesariamente deben provenir de los Estados. La posibilidad de que a la titularidad de mandatos lleguen personas sin vínculos con los gobiernos es mayor para los procedimientos extra convencionales, y ello favorece –aunque no garantiza plenamente- la imparcialidad e independencia en el desempeño de las funciones.

El Consejo de Derechos Humanos ha aprobado un “código de conducta” –Resolución 5/2 de 18 de junio de 2007- para quienes titularizan mandatos o integran grupos de trabajo de procedimientos extra convencionales, de características muy restrictivas, y que se presenta como una posible “*espada de Damocles*” con la que puede intentarse menoscabar el margen de acción y actividad pública de dichos mecanismos.

Las personas titulares o que integran un grupo de trabajo desempeñan su mandato realizando estudios que se plasman en informes, para lo cual solicitan visitas a diferentes Estados (algunos Estados han realizado una declaración general y abierta aceptando la visita de cualquier procedimiento público); recogen y sistematizan la información que les es imprescindible, y presentan sus documentos anualmente al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General de la entidad.

Dependiendo el mandato se recomiendan medidas a Estados específicos (procedimientos geográficos), generales para todos los Estados (procedimientos temáticos) o concretos para un Estado (informe temático pero respecto de un país en particular); las medidas pueden ir desde la adopción o adecuación de normas hasta la modificación de prácticas y políticas públicas dirigidas al respeto y la garantía de los derechos humanos.

a) Procedimientos geográficos

La primera vez que se adoptó un procedimiento público geográfico fue en el año 1975, cuando la Comisión de Derechos Humanos decidió crear un Grupo de Trabajo sobre la situación de los derechos humanos en Chile, por las denuncias e informaciones de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos que se produjeron con posterioridad al golpe de estado del 11 de septiembre de 1973 que instauró la dictadura militar en dicho país.

Actualmente existen once mandatos geográficos funcionando bajo la supervisión del Consejo de Derechos Humanos; algunos de ellos llevan varios años desde su creación (Myanmar desde 1992; Camboya, Sudán y Somalia desde 1993). Otros son más recientes (Irán y Siria desde 2011; Belarús y Eritrea desde 2012; Mali y la República Centro Africana desde 2013).

Si bien los mandatos geográficos se renuevan periódicamente, uno de ellos es de tiempo indefinido; se trata del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados, creado en 1993 por la Comisión de Derechos Humanos, y con duración hasta el fin de la ocupación.

b) Procedimientos temáticos

El primer procedimiento público temático tuvo nacimiento por la imposibilidad de que la Comisión de Derechos Humanos adopte la creación de un mecanismo geográfico respecto de la República Argentina, que contaba en la década de 1970 de un blindaje político al interior de dicho órgano intergubernamental. Por impulso del entonces director del Centro de Derechos Humanos, se logró que la Comisión de Derechos Humanos en el año 1980 disponga la creación de un grupo de trabajo que estudie el fenómeno de la desaparición forzada en todo el mundo (Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas).

Los primeros mandatos temáticos creados por la Comisión de Derechos Humanos fueron generalmente sobre derechos civiles y políticos; hacia fines del siglo XX comienzan a crearse otros que se focalizan en derechos económicos, sociales y culturales y sobre nuevos fenómenos –o de reciente visibilización-, tendencia que es continuada por la práctica que lleva adelante el Consejo de Derechos Humanos.

Los 44 procedimientos públicos especiales temáticos que se encuentran vigentes al año 2019, son las siguientes relatorías (38) y grupos de trabajo (6).

Relatorías: sobre Ejecuciones extrajudiciales y sumarias (desde 1982); sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1985); sobre libertad religiosa y de creencias (desde 1986); sobre venta de niños y niñas, prostitución y pornografía infantil (desde 1990); sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación y xenofobia (1993); sobre libertad de expresión y opinión (desde 1993); sobre violencia contra las mujeres (causas y consecuencias) (1994); sobre la independencia de jueces, juezas, abogadas y abogados (desde 1994); sobre obligaciones de derechos humanos relativas al manejo racional

y eliminación de sustancias y residuos peligrosos (1995); sobre el derecho a la educación (desde 1998); sobre extrema pobreza y derechos humanos (desde 1998); sobre derechos de migrantes (1999); sobre vivienda adecuada (desde el año 2000); sobre derecho a la alimentación (desde 2000); sobre los efectos de la deuda externa y otras obligaciones financieras, sobre los derechos humanos (desde el año 2000); sobre la situación de defensores y defensoras de derechos humanos (desde el año 2000); sobre derecho de los pueblos indígenas (2001); sobre el disfrute del derecho a la salud (desde 2002); sobre los derechos de las personas desplazadas internas (desde el 2004); sobre tráfico de personas, especialmente mujeres y niñas (2004); sobre derechos humanos y solidaridad internacional (2005); sobre promoción y protección de derechos humanos en la lucha contra el terrorismo (2005); sobre la cuestión de las minorías (2005); sobre formas contemporáneas de esclavitud (2007); sobre derecho al agua potable y saneamiento (2008); sobre derechos culturales (desde el año 2009); sobre libertad de asociación y reunión (2010); sobre la promoción de la democracia y el orden equitativo (desde 2011); sobre derechos humanos y ambiente seguro, limpio y saludable (desde 2012); sobre promoción de la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición (2011); sobre los derechos humanos de las personas adultas mayores (2013); sobre los derechos de las personas con discapacidad (2014); sobre el impacto negativo de las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos (2014); sobre el disfrute de los derechos humanos de las personas albinas (2015); sobre el derecho a la privacidad (2015); sobre el derecho al desarrollo (2016); sobre la protección contra la violencia y discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género (2016); y sobre la eliminación de la discriminación contra personas afectadas por la lepra y sus familias (2017).

Grupos de Trabajo: sobre desapariciones forzadas (1980); sobre detención arbitraria (1991); sobre personas afrodescendientes (2002); sobre el uso de mercenarios contra el derecho a la libre determinación (2005); sobre la discriminación contra las mujeres en la ley y en la práctica (2010); y sobre empresas transnacionales y otras (2011).

Las relatorías y grupos de trabajo –además de las funciones señaladas- tienen mandatos para tratar diversos tipos de comunicaciones –quejas sobre violaciones de derechos humanos- relacionadas con sus mandatos, y que se pueden referir a personas; grupos o comunidades; legislación -proyecto o sancionada-, políticas, programas, u otras medidas que afectan a individuos o grupos.

Las comunicaciones pueden referirse a *cartas de alegación* en torno a violaciones a los derechos humanos que ya ocurrieron, pedidos de medidas para llevar ante la justicia a perpetradores, brindar reparaciones a las víctimas, y prevenir para que los hechos no se repitan.

También pueden implicar *acciones urgentes*, en las que los procedimientos especiales examinan denuncias y solicitan a los Estados que tomen medidas expeditas e inmediatas por razones humanitarias para poner fin a situaciones de posibles violaciones a los derechos humanos; las acciones urgentes se relacionan directamente con un aspecto temporal, de amenaza o inminente peligro para la vida o integridad, y persiguen poner fin a dichas amenazas, cesando las violaciones.

Finalmente, las “*otras cartas*” se refieren a comunicaciones centradas en legislación, proyectos de normas, o políticas generales que afectan a personas o colectivos.

Los últimos años se puede constatar, igualmente, la emisión de comunicados públicos conjuntos de varias relatorías o grupos de trabajo sobre temas de interés común, o la situación de derechos en un Estado. Naturalmente, hay mucho más impacto en dichos pronunciamientos cuanto más involucren a diversas personas titulares de mandato.

C. El procedimiento especial confidencial

Hacia fines de la década de 1960, el debate político en materia de derechos humanos debía hacer frente a una situación fáctica compleja: los Estados eran muy resistentes a establecer mecanismos de supervisión pública por violaciones a los derechos humanos de parte de la Comisión de Derechos Humanos, bajo la resolución 1235 del Consejo Económico y Social.

Se pensó, consecuentemente, que podía ser una opción válida –al menos más fácilmente aceptada por los gobiernos- determinar un mecanismo de supervisión en que el Estado examinado no se vea expuesto públicamente. Así, el Consejo Económico y Social aprobó la Resolución 1503 en el año 1970, por la que se determina el establecimiento de un procedimiento de investigación que se pone en marcha frente a información fidedigna procedente de comunicaciones individuales, que revelen la situación de un cuadro persistente de violaciones masivas o sistemáticas a los derechos humanos; dicho mecanismo es de naturaleza estrictamente confidencial.

El 18 de junio de 2007 el Consejo de Derechos Humanos adoptó la resolución 5/1 por la cual se estableció un nuevo mecanismo de comunicaciones individuales para considerar situaciones que revelen patrones consistentes de graves y serias violaciones a los derechos humanos y las libertades

fundamentales de las personas, que ocurran en cualquier lugar del mundo y en cualquier circunstancia.

El procedimiento abarca comunicaciones que se envíen por personas, grupos u organizaciones no gubernamentales que se consideren víctimas de violaciones de derechos humanos de tal característica, o que tengan directo conocimiento de las mismas.

Como el viejo procedimiento 1503 este mecanismo es confidencial -con vistas a lograr la cooperación del Estado involucrado-, tratando de asegurar imparcialidad, objetividad, eficiencia, considerando debidamente a las víctimas, y brindando resolución en tiempo adecuado.

El Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos designa un grupo de trabajo sobre comunicaciones, que examina la admisibilidad de las mismas (descartando aquellas que sean anónimas o se encuentren manifiestamente mal fundadas); asimismo, deben haberse agotado los recursos internos efectivos para remediar la situación, y el asunto no debe haber sido examinado por algún órgano de tratados, procedimiento especial del Consejo de Derechos Humanos, o mecanismo regional de tutela de los derechos humanos.

Las comunicaciones se envían al Estado para que indique su posición en relación a las alegaciones presentadas, brindando las respuestas que considere pertinentes.

Otro grupo de trabajo, llamado el grupo sobre “situaciones”, examina el fondo de las peticiones, y lleva a la atención del Consejo sus proyectos de resoluciones para el debate y la posible adopción de su parte.

El marco jurídico del procedimiento está constituido por la Carta de Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos

Humanos, y otros instrumentos aplicables por razón de la materia, en el campo del derecho internacional de la persona humana.

La decisión final respecto a las comunicaciones las toma – naturalmente- el Consejo de Derechos Humanos.

V. El examen periódico universal

A fines del siglo XX, la Comisión de Derechos Humanos se veía cuestionada y acusada de aplicar diferentes raseros al momento de decidir si someter a examen a algún Estado frente a la situación de derechos humanos por la que éste pudiese atravesar; el descrédito de la Comisión por ese y otros motivos, llevó a su reemplazo en el año 2006 por el Consejo de Derechos Humanos.

El 27 de marzo de 2006 la Comisión de Derechos Humanos celebró su última sesión luego de que pocos días antes, el 15 de marzo, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobara su Resolución 60/251, estableciendo el Consejo de Derechos Humanos.

El Consejo de Derechos Humanos es un órgano compuesto por cuarenta y siete Estados miembros de la Organización, que se eligen por la Asamblea General de Naciones Unidas para integrarlo por un término de tres años, pudiendo los mismos ser reelectos en dicha función solamente en una oportunidad -a los efectos de conformarlo consecutivamente por un término máximo de dos períodos-.

Para dar una respuesta a la selectividad con la que se le criticaba a la Comisión, se estableció como herramienta de

evaluación en materia de derechos humanos el *examen periódico universal*, que abarca a todos los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas.

El examen periódico universal consiste en un mecanismo basado en el diálogo interactivo entre quienes integran el Consejo y el Estado bajo evaluación, con base en información objetiva y fidedigna.

El ciclo comienza con la formación de una “troika” –tres Estados integrantes del Consejo- que se encarga de recopilar información y preparar el marco de los temas que formarán parte del diálogo con el Estado a examinar. Las organizaciones de la sociedad civil tienen la posibilidad de presentar información por escrito, e incluso oralmente ante el Consejo –cuando poseen estatuto consultivo-, la que puede ser tenida en cuenta a los efectos del debate.

Se le envía al Estado examinado una lista de preguntas para que sean respondidas por escrito antes de la fase siguiente, en la que se prevé la realización de una audiencia pública.

En la audiencia pública los diferentes Estados –tanto quienes en el momento son integrantes del Consejo de Derechos Humanos como observadores- realizan consideraciones y efectúan una serie de recomendaciones a título individual; luego el Estado examinado otorga las aclaraciones y explicaciones del caso como parte del diálogo interactivo, y en una etapa posterior determina respecto de cada recomendación recibida, si la acepta o si tan solamente “toma nota” de la misma; en ocasiones algunos Estados –sin que ello esté previsto- expresamente “rechazan” una o más recomendaciones, aunque para el Consejo dicho pronunciamiento no tiene un valor diferente al de “tomar nota”.

El grupo de trabajo adopta un informe en el que se sintetiza todo el procedimiento llevado a cabo, y en una sesión siguiente el Consejo de Derechos Humanos, por medio de una resolución formal, aprueba el resultado del examen.

El mecanismo de examen periódico universal tiene la ventaja de que abarca a todos los Estados, incluso aquellos que no hayan ratificado instrumentos de derechos humanos; también, da la posibilidad de efectuar sobre los mismos un escrutinio público de la situación de derechos humanos, considerando diversas fuentes de información, entre ellas las que provienen de la sociedad civil.

Por otro lado, el sistema funciona por canales muy diplomáticos, se suele superponer con el trabajo que llevan adelante los órganos de tratados en el procedimiento convencional de examen de informes, y las recomendaciones –al ser individuales de Estado a Estado- no tienen la misma fuerza que poseería un pronunciamiento del propio Consejo -como tal-.

Por último, la posibilidad del Estado examinado de aceptar o rechazar cada una de las recomendaciones también da cuenta de una debilidad del mecanismo, que no debería contemplar dicha factibilidad cuando la recomendación se superpone con alguna que haya sido efectuada en igual sentido, por un órgano de tratado –comité- bajo el sistema convencional de examen de informes periódicos.

VI. Las comisiones o misiones de investigación

Las comisiones o misiones de investigación, se establecen frecuentemente para responder a situaciones de violaciones graves del derecho internacional humanitario y/o manifiestas del derecho internacional de los derechos humanos, se lleven

delante de manera sistemática o en un solo evento. La comunidad internacional pone en marcha dichos mecanismos cuando se observa con preocupación que el o los Estados concernidos no actúan debidamente, promoviendo la investigación y sanción de los hechos.

De allí que las comisiones de investigación tienen como propósito promover la identificación y determinación de la responsabilidad por tales violaciones, y luchar contra la impunidad de quienes resulten perpetradores.

El nacimiento de las comisiones de investigación es diverso: de acuerdo a los mandatos respectivos, estos mecanismos internacionales pueden crearse por el Consejo de Seguridad, la Asamblea General, el Consejo de Derechos Humanos –como lo hacía su antecesora, la Comisión de Derechos Humanos-, la Secretaría General de Naciones Unidas y la oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos; esta entidad es quien brinda el apoyo técnico y logístico a comisiones y misiones de investigación.

El trabajo de las comisiones y misiones de investigación se presenta para su debate al Consejo de Derechos Humanos; dependiendo la creación y origen de las mismas, en ocasiones rinden informes asimismo ante otros órganos de las Naciones Unidas.

VII. La crisis del sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas; perspectivas

El sistema de derechos humanos de Naciones Unidas comenzó a diseñarse en una entidad que apenas superaba los cincuenta Estados; hoy, la Organización de las Naciones Unidas ha casi

cuadruplicado su composición, al tiempo que un muy complejo cuadro orgánico y procedimental da cuentas de muchos y variados mecanismos de derechos humanos.

Por tratados, convenciones y protocolos vigentes se establecen obligaciones convencionales de derechos humanos para los Estados parte en los mismos, deberes provenientes de dieciocho instrumentos jurídicos; adicionalmente la protección extra convencional alcanza más de cuarenta mandatos temáticos, a los que se suman aquellos geográficos –actualmente hay once vigentes-; se constata la práctica del Consejo de Derechos Humanos de mantener los mandatos temáticos vigentes, y de crear progresivamente algunos nuevos.

Las reformas estructurales orgánicas –creación del Alto Comisionado, y del Consejo de Derechos Humanos reemplazando la antigua Comisión- también han impactado de manera profunda en el corazón del propio sistema, porque ambas instituciones asumieron competencias de derechos humanos que anteriormente no existían.

Además de hacerse cargo de las tareas que tenía el Centro de Derechos Humanos, el Alto Comisionado realiza declaraciones y otras labores públicas de gran relevancia –informes e investigaciones respecto de países, manifestaciones sobre situaciones de derechos humanos que atraviese uno o más Estados miembros, etc.-.

Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos asumió las competencias de la antigua Comisión, pero ha sumado el nuevo procedimiento de examen periódico universal que atraviesa a todos los miembros de la Organización, los que deben someterse al mismo cíclicamente.

La situación vigente amerita una discusión integral del sistema con miras a mejorar la eficacia del mismo, haciéndolo más ágil y racional; ello ha de hacerse sin perder de vista que detrás de ciertos discursos de “fortalecimiento” expresados por parte de algunos actores estatales, pueden esconderse intenciones reales de erosionar el grado de monitoreo en materia de derechos humanos que posee actualmente la Organización.

El mecanismo convencional de tutela de los derechos humanos se encuentra en crisis por varios factores, entre ellos: el crecimiento exponencial de instrumentos jurídicos, el aumento de órganos convencionales, la progresiva ratificación de los instrumentos por parte de los Estados –lo cual representa una buena noticia pero una sobrecarga de trabajo para los órganos-, la creciente cantidad de quejas individuales que se presentan para que resuelvan los Comités, la coexistencia con otros mecanismos de derechos humanos en las Naciones Unidas (procedimientos extra convencionales) que han poco a poco asumido procedimientos similares aunque no idénticos, y especialmente, la falta de presupuesto regular que impacta en todo lo anterior, complejiza llevar adelante las tareas que derivan expresa o implícitamente de la letra de los tratados, y algunas otras funciones imprescindibles de los Comités (estudiar más informes, resolver más comunicaciones, elaboración de comentarios generales, mecanismos de seguimiento de las decisiones, procedimientos de investigación y visitas a los países, etc.).

El mecanismo de examen de informes periódicos muestra una superposición evidente en las temáticas que se abordan por los distintos comités; los Estados se ven sometidos una y otra vez a los mismos temas y preguntas en los diferentes exámenes, lo que genera una sensación de máquina burocrática repetitiva que no optimiza los limitados recursos existentes.

El aumento creciente del conocimiento sobre el sistema por las sociedades habilitó tácticamente la presentación progresiva de un número de quejas individuales que no se corresponde con las que se pueden resolver con los recursos existentes, provocando un retraso cada vez mayor en la adopción de los dictámenes respectivos y un volumen de casos pendientes que crece de manera exponencial –porque el fenómeno no va acompañado de un crecimiento del presupuesto y/o de recursos humanos-.

Los diez órganos de tratados poseen -en su conjunto- más de ciento setenta personas expertas independientes que los integran, número que podría reducirse si se fusionaran o eliminaran algunos comités, redistribuyendo las funciones entre los otros.

Se han hecho en el pasado algunos esfuerzos para armonizar el funcionamiento de los órganos de tratados -a través de la celebración de reuniones inter comités-; actualmente dicho objetivo se persigue por medio de la “reunión de presidentes y presidentas de órganos de tratados”, encuentro en que anualmente se construye una agenda para alinear los diversos métodos de trabajo y asumir posicionamientos conjuntos; sin embargo, aunque valiosos esos intentos no alcanzan a subsanar las dificultades expresadas –algunas de ellas de tipo estructural-

La Asamblea General de Naciones Unidas, con base en su resolución 68/268 –adoptada el 9 de abril de 2014- se encuentra examinando el funcionamiento de los órganos de tratados de cara a un proceso de revisión para el año 2020. Las entidades de la sociedad civil -organizaciones no gubernamentales- si bien son conscientes de los problemas actuales del sistema convencional, entienden que ninguna reforma debe adoptarse si la misma deriva en una menor tutela –en la maquinaria de supervisión- o retroceso en materia de imparcialidad e independencia -en la composición de los órganos-.

Por su parte, los mecanismos extra convencionales también presentan evidentes superposiciones temáticas entre ellos, y se continúan creando nuevos mandatos por el Consejo de Derechos Humanos, sin considerar necesariamente el impacto presupuestario que ello genera. La asistencia técnica a los procedimientos especiales –a cargo de la oficina de la Alta Comisionada- se ve obligada a multiplicar sus tareas y funciones en un sistema colapsado y sin presupuesto acorde.

Por la realidad fáctica de muchos países, la oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos debe desplegar cada vez más misiones en el terreno; este trabajo de cooperación es valioso por la presencia *in situ* de personas funcionarias en derechos humanos que asesoran al Estado, articulan con organizaciones de la sociedad civil, e interactúan con otras entidades del sistema de Naciones Unidas; naturalmente todo ello demanda recursos que deberían brindarse por la Asamblea General de forma adecuada.

El rol de la Alta Comisionada –como la persona de mayor jerarquía en derechos humanos que posee la Organización- le lleva a producir informes o a manifestar expresiones públicas que muchas veces se superponen con la tarea de algunos de los mandatos temáticos o geográficos; así, a los ojos de la sociedad, las “Naciones Unidas” emiten diferentes pronunciamientos sobre un mismo tema de derechos humanos, y en ocasiones ello sucede de una manera poco articulada.

Finalmente, el Consejo de Derechos Humanos es un órgano intergubernamental –consecuentemente no puede evitar que en menor o mayor grado los intereses de los Estados jueguen en su seno-; su maquinaria consume buena parte del presupuesto general de la organización en materia de derechos humanos. En el desarrollo del examen periódico universal se constata un

alto porcentaje de superposición temática con la rica producción que emana de la labor de entidades independientes con las que cuenta el sistema - órganos de tratados, o mecanismos extra convencionales-.

Una reforma es necesaria, indudablemente; pero es prioritario que el liderazgo del proceso a nivel gubernamental para la discusión de la misma ,sea tomado por Estados con alto récord de cumplimiento de las decisiones de los órganos de derechos humanos, y que puedan demostrar compromiso efectivo a través del grado de ratificación de instrumentos y aceptación de los mecanismos existentes.

Es hora de considerar una reforma integral que comience por lo político: la toma de decisión de colocar a los derechos humanos como centro del trabajo de toda la entidad, órganos principales y agencias de Naciones Unidas, lo que actualmente no suele garantizarse -especialmente en el Consejo de Seguridad y en entidades que ocultan o invisibilizan la agenda de derechos humanos en el desarrollo de sus mandatos-.

La Organización debe ser coherente entre sus intenciones declamadas, las instituciones y procedimientos que se diseñan al efecto, y los recursos que se asignan para ello: nada será factible si la Asamblea General no brinda los recursos económicos necesarios, y para ello la distribución de fondos en la entidad tiene que hacerse priorizando el eje de derechos humanos, que actualmente resulta la barrera más difícil de franquear cuando se diagrama y aprueba el presupuesto.

A nivel convencional, resultaría conveniente exigir como mínimo a los Estados, para pertenecer a la Organización de Naciones Unidas, que procedan a la ratificación al menos de los principales instrumentos genéricos –Pacto de Derechos Civiles y Políticos y Pacto de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales- –al estilo de lo que sucede en el Consejo de Europa con el Convenio Europeo de Derechos Humanos-.

El número de órganos convencionales es otro factor de importancia: el esquema ideal puede consistir en un único comité de funcionamiento permanente, que aplique todos los Pactos, Convenciones y Protocolos Substantivos, encargándose del examen periódico de Estados, evitando la dispersión y superposición que hoy existe a nivel convencional; ese gran comité naturalmente reemplazaría los actualmente existentes. En la división interna, una sala de dicho comité podría encargarse de forma exclusiva de las comunicaciones individuales, y otra de los mecanismos de investigación previstos en algunas de las convenciones y protocolos de los instrumentos de derechos humanos.

El mecanismo de selección de las personas que integren dicho órgano debe prever la participación efectiva de la sociedad civil, la evaluación de experticia de manera técnica e imparcial, y no debe quedar sujeto a intercambios de votos entre los Estados. Las reglas de independencia –directrices de Addis Ababa- tienen que cumplirse estrictamente para la presentación de candidaturas.

La Organización debería explorar la conveniencia de crear una Corte Internacional de Derechos Humanos, que pueda resolver casos que lleguen de la mano del Comité o de los Estados que acepten su jurisdicción, para establecer un mecanismo jurisdiccional al estilo de los que existen en la Organización de los Estados Americanos, el Consejo de Europa y la Unión Africana. Ello redundaría en una mejor calidad del sistema de casos y en la más específica determinación de reparaciones para las víctimas, en aquellos asuntos en que se determine la responsabilidad internacional del Estado acusado.

Las relatorías y grupos de trabajo de los mecanismos extra convencionales que hoy funcionan también deben examinarse críticamente a los efectos de racionalizar su número y labor: las competencias de respuesta rápida o urgente y manifestaciones públicas de los procedimientos especiales preferentemente deberían articularse –en la medida de lo posible- con la reacción de la oficina del Alto Comisionado en caso de que ésta existiese, sin por ello perder capacidad de actuar independientemente.

El foco en la creación de nuevos mandatos temáticos en el Consejo de Derechos Humanos, debe estar centrado en áreas no exploradas que permitan el desarrollo progresivo de la materia a nivel internacional.

El examen periódico universal del Consejo de Derechos Humanos igualmente debería ser reformado en aras de lograr un sistema integral y articulado, transformarse en un mecanismo eficaz de seguimiento de las observaciones finales aprobadas por los Comités, en el que el cuerpo evalúe el grado de cumplimiento de las mismas, y exhorte a los Estados analizados a darles debida observancia; de esta forma se recuperaría el sentido de “garantía colectiva” de los Estados. Asimismo, el Consejo debe salvaguardar su facultad para realizar evaluaciones de fondo exclusivamente en aquellas temáticas que no han sido objeto de la labor de los órganos convencionales porque el Estado examinado no ha ratificado o adherido al instrumento pertinente.

El hecho de que las personas que integran órganos convencionales y extra convencionales realicen su tarea de manera honoraria –sin remuneración- es otro serio problema actual, que obliga a aquellas a no prestar todo su tiempo profesional para una de las labores más importantes y delicadas que existen en el plano jurídico internacional; asimismo, ello puede implicar –por el volumen de trabajo que se requiere para

laborar adecuadamente- una restricción de hecho en el acceso igualitario a dichas posiciones, estableciendo una “ventaja fáctica” para quienes consiguen apoyos de entidades externas a la Organización, generalmente en países del norte.

La Asamblea General debe dotar *realmente* de los recursos ordinarios a los órganos para llevar adelante sus mandatos y tareas, en una previsión adecuada, *ítem a ítem*, que les permita funcionar con personal especializado en número, y medios económicos suficientes.

Sin embargo es ilusorio pensar que reformas de este tipo se van a adoptar en el corto o mediano plazo: no solamente se requerirían importantes recursos para ello, sino una voluntad política de real fortalecimiento, de la que actualmente se carece al interior de la organización; de allí que los cambios en el futuro inmediato serán –en el mejor de los casos- pequeños y más cosméticos que de fondo, sin brindar solución a la mayoría de los problemas esbozados en los párrafos anteriores.

Aunque la Carta de la ONU comienza con la invocación “*Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas*”, la entidad ha funcionado estas siete décadas dando más predominio a los intereses individuales de los gobiernos – Estados, que a los de las personas y de la propia comunidad internacional; es hora de refundar la Organización de la mano de los derechos humanos, para cumplir con el objetivo central de la construcción de la paz con justicia y desarrollo; como desafío global.

Los mecanismos de derechos humanos deben ser llevados desde la dispersión y atomización en que se encuentran actualmente, hacia un verdadero sistema eficaz e integral, centrado en las necesidades de personas, colectivos, grupos y pueblos, garantizando la reparación integral para las víctimas si se han constatado violaciones, y orientando a los Estados a

la realización de la política pública en perspectiva de derechos humanos, cumpliendo cabalmente con la obligación de garantía.

VIII. BIBLIOGRAFÍA SELECTIVA

BUERGENTHAL, Thomas; GROSSMAN, Claudio y NIKKEN, Pedro: “Manual Internacional de Derechos Humanos”; ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Editorial jurídica Venezolana; Caracas, 1990.

CANÇADO TRINDADE Antônio: “El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI”; ed. Jurídica de Chile, 2001.

CANÇADO TRINDADE Antônio: “humanização do direito internacional”. Ed. del Rey, Brasilia, 2006.

CASTILLO DAUDÍ, Mireya y BOU FRANCH, Valentín: “Curso de derecho internacional de los derechos humanos”; Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro, & Otros: “Os rumos do direito internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade:(liber amicorum Cançado Trindade)”; ed. SA Fabris, Porto Alegre, 2005.

NIKKEN, Pedro: “La garantía internacional de los derechos humanos: (estudios sobre derechos humanos).” Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

O’DONNELL, Daniel: “Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericana”; Oficina del Alto

Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal de México, México D.F., 2012.

PINTO, Mónica: “El principio pro homine: Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en: “La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales”; Centro de Estudios Legales y Sociales; ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

PINTO, Mónica: “Temas de derechos humanos”; ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998.

SALVIOLI Fabián: “Introducción a los Derechos Humanos: concepto, fundamentos, características, obligaciones del Estado y criterios de interpretación jurídica”; ed. IRESODH, Querétaro, 2019.

SALVIOLI Fabián: “Indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos como criterios rectores para el trabajo de los órganos convencionales de monitoreo: La relación contemporánea entre los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”; en: **Antonio Augusto Cançado Trindade, César Barros Leal y Renato Zerbini Ribeiro Leão** (coordinadores), O Cinquentenário Dos Dois Pactos De Direitos Humanos Da ONU, Volumen I, Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, Brasil, 2016.

SALVIOLI Fabián: “Los Derechos Humanos civiles y políticos en el sistema universal de protección”; en: **Péces Barba, Gregorio, y otros:** “Historia de los Derechos Fundamentales”, T. IV, Volumen III, Libro 1”, ed. Dykinson, Madrid, 2014.

SALVIOLI Fabián: “Desafíos y perspectivas del Comité de derechos humanos de las Naciones Unidas en el sistema internacional contemporáneo de protección de los derechos y libertades fundamentales de mujeres y hombres”; en “Studi in honore di Claudio Zanghi”, Volume III – Tomo I; G. Giappichelli Editore, Torino, 2011.

SALVIOLI, Fabián: “Los Derechos Humanos en las Conferencias Internacionales de la última década del Siglo XX”; en: “Las Grandes Conferencias Mundiales de la década de los ’90: las bases para la construcción de una comunidad internacional”; Ed. Instituto de Relaciones Internacionales, UNLP y Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo; La Plata, 1999.

VILLÁN DURÁN, Carlos: “Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos”; Ed. Trotta, Madrid, 2002.

VILLÁN DURÁN, Carlos: “Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.” *Eikasia. Revista de Filosofía*, 4., 2006.

Restricción del derecho a voto de las personas privadas de libertad. Una aproximación socioeconómica

*Goodfred Schwendenwein**

Introducción

La democracia occidental moderna otorga el derecho al voto como principal mecanismo de empoderamiento político de la ciudadanía, dada la imposibilidad de practicarla de manera directa como sucedía en la Atenas clásica. En tal sentido, el tránsito histórico hacia una democracia representativa con gobernantes, coloca en el centro del debate la cuestión fundamental de quiénes constituyen el *demos* y están habilitados para ejercer el sufragio.

Al mencionar la democracia, las libertades y los derechos otorgadas por la primera, en general las visualizamos desde la óptica de los grupos que ya participan o han sido tomados en cuenta por la competencia o la participación en dicho sistema. Sin embargo, el presente artículo pretende evidenciar cómo las personas privadas de libertad son invisibilizadas y sus derechos políticos vulnerados bajo el paradigma del castigo del sistema carcelario, al limitarles en algunos países su derecho al voto.

* Licenciado en Ciencia Política, Universidad de la República, Uruguay; magister en Derechos Humanos y Democratización en América Latina y el Caribe, Universidad Nacional de San Martín, Argentina.

Consecuentemente, en un contexto de aumento punitivo en las penas, el resultado es una mayor proporción de la población privada de libertad y por ende un incremento en la vulneración de sus derechos políticos. A la vez, la exclusión de un determinado grupo sin razones objetivas y razonables es contraria a los principios democráticos modernos de inclusión, igualdad y no discriminación, tal como lo establecen numerosos estándares internacionales en materia de derechos humanos.

Por lo tanto, investigar sobre la inclusión en el padrón electoral de las personas privadas de libertad no solo es una cuestión de otorgar un derecho fundamental para estas –aunque esto ya sería suficiente para justificar el análisis del problema– sino también que el voto puede ser uno de los pocos mecanismos políticos que permitan reconocer y contemplar las demandas particulares de este grupo poblacional. No se trata únicamente de incluirlo mediante el voto; tiene que ver, además, con brindarle voz a quienes –más allá de algunas raras excepciones– pueden plantear sus necesidades.

I. Democracia y sufragio

Podríamos decir que, a grandes rasgos, vivimos bajo las normas y los parámetros pensados y teorizados desde la segunda mitad del siglo XVII con lo que se conoce como las teorías contractualistas. Cedemos parte de nuestras libertades para que un Estado garante logre conjugar una convivencia, más o menos, armónica entre todo el cuerpo social.

Y en este proceso dicotómico entre ceder libertades para gozar de cierta libertad en aras de vivir en sociedad, la democracia fue resignificada varias veces como un sistema virtuoso que permitía el desarrollo y la emancipación de las personas. En la práctica,

el proceso de mejora de la democracia moderna fue lento, no siempre lineal y sujeto a frecuentes retrocesos,¹ por lo que, de hecho –incluso ya entrado el siglo XX– algunos regímenes frecuentemente considerados democráticos eran todavía, en realidad, modelos restrictivos que continuaban excluyendo a grandes contingentes sociales de las decisiones sobre los asuntos públicos.

Pero vayamos a definiciones más acabadas de este régimen; como menciona Przeworski, la democracia moderna es un sistema elitista o –como diría Manin (1995)– aristocrático. Según el criterio de Aristóteles, es una oligarquía: gobierno de unos pocos (Bobbio, 1989:107). Pero es una oligarquía competitiva (Schumpeter 1942, Dahl 1971, Bobbio, 1989): somos gobernados por otros, pero los escogemos y los reemplazamos con nuestros votos. Esto es lo distintivo de las democracias: los gobernantes son seleccionados mediante elecciones, lo que nos muestra las preferencias del padrón electoral.²

Para dar respuestas a las preferencias, primero que nada, debe de conocerse cuáles son; por ello, el sufragio actúa como mecanismo para visibilizarlas. Por lo tanto, en este punto, el voto no es un mero privilegio de algunos, sino que es un derecho fundamental de todos los miembros de la sociedad que encuentra un mecanismo igualador para expresarse. La importancia del voto es un pilar histórico en la concepción y sobrevivencia de la democracia, “La igualdad de los votos en la etapa decisoria, es imprescindible para brindar adecuada protección a la Igualdad Intrínseca de los ciudadanos y a la Presunción de la Autonomía

1 Traversa, Federico. “¿Por qué quiebran las democracias? Educación y conflicto de clase revisitados”, *Revista de Sociología e Política*, volumen 24, N° 60, 2016, pp. 69 a 89.

2 Przeworski, Adam. “Democracia y representación”. *Revista del Clad Reforma y Democracia*, volumen 10, 1998, p. 8.

Personal. Sin ella, los ciudadanos tendrían la perspectiva de un retroceso infinito hacia desigualdades potenciales en su influencia sobre las decisiones adoptadas”.³

La capacidad y la potestad del derecho político a sufragar es tan importante en un sistema democrático representativo porque, aparte de igualar entre los miembros de la sociedad, también incluye y hace partícipe a los ciudadanos en la conformación del Gobierno. Por esto Przeworski menciona la doble dimensión de la representación en la actualidad, como mandato y como responsabilidad. En la primera, bajo la presunción de una información transparente y verdadera, los políticos desarrollan sus campañas y los ciudadanos optan entre aquellos que se encuentren más cercanos a sus ideas. La representación como mandato opera, entonces, a medida que los gobernantes electos responden aplicando las políticas que los llevaron a ocupar sus cargos.⁴

Para el caso de la representación como responsabilidad, dado que difícilmente la ciudadanía pueda sancionar a sus representantes en tiempo real, llegada la instancia de una nueva elección se pueden realizar los ajustes democráticos que se crean convenientes. Si los políticos elegidos no desarrollaron las políticas deseables, los mismos no serán reelegidos y se buscará una nueva alternativa basada en el concepto de mandato. En cambio, si los mismos cumplieron las expectativas, no serán sancionados y tendrán la posibilidad de la reelección.

La virtud del voto en una democracia representativa, otorga un doble camino en la igualación de los miembros de la sociedad. Una de estas vías es la que iguala a todas mediante la

3 Dahl, R. A., y Wolfson, L. “*La democracia y sus críticos*”, Volumen 779, 1993, pág 135. Barcelona: Paidós.

4 Traversa, F., y Carneiro, F. *Presidencialismo, Juicio político y deterioro del vínculo democrático en América Latina*, 2017, disponible en <https://www.researchgate.net/publication/306941490>

máxima: “Una persona, un voto”. De la mano de esta afirmación, representantes y representados se encuentran en el mismo nivel de igualdad, característica fundamental de este régimen frente a otros como las monarquías o los autoritarismos. Hay orden en la sociedad porque unos mandan y otros obedecen. Pero para obedecer una orden se requieren al menos dos cosas: hay que comprenderla y hay que comprender que hay que obedecerla. Y para hacer eso, ya es preciso ser igual a quien nos manda.⁵

Esto va en consonancia con la definición de democracia que nos plantea Kelsen en donde las leyes, las demandas y la agenda de la sociedad se manejan de “abajo hacia arriba”. Las formas de gobierno democráticas son aquellas donde las leyes son hechas por los mismos a quienes se les aplican. Esto significa que en democracia prevalece algún principio de autonomía, ya que los propios afectados por las decisiones políticas son quienes se dan a sí mismos las normas que los gobiernan.⁶

El privar de uno de los derechos básicos de la ciudadanía política como es el voto, es ir en desmedro de un ejercicio democrático igualitario. Por otro lado, significa un doble castigo para las personas privadas de libertad ya que –en un Estado de derecho– las conductas criminales se “castigan” con la pérdida de libertad. Sin embargo, en este escenario se pierde la libertad y el derecho al voto, llevando a las personas a una muerte civil.

La presencia de restricciones al sufragio puede verse como una expresión de populismo punitivo en tanto supone una inclinación inflacionaria del derecho penal y la inclusión de penas accesorias, como un mayor castigo para las personas privadas

5 Rancière, J. *El desacuerdo*. Filosofía y política, Nueva Visión, Buenos Aires, 1996, p. 31.

6 Traversa, F. *La gran transformación de la democracia: de las comunidades primitivas a la sociedad capitalista*, Ediciones Universitarias, 2011, p. 24.

de libertad. Por otra parte, la existencia de restricciones no es inocua para la teoría democrática. Ya entre los teóricos de los siglos XVII y XVIII es posible rastrear la presencia de un fuerte debate en torno a los derechos políticos de las personas que no se atienen a los parámetros jurídicos establecidos.

Para Locke la vida en sociedad implica poseer una moralidad elevada que permita el normal desarrollo, no solo de las relaciones sociales; lo importante es que los conflictos se suavicen para no amenazar los procesos de acumulación capitalista. Menciona Locke que “[Dios] ha dado el mundo para que el hombre trabajador y racional lo use; y es el trabajo lo que da derecho a la propiedad, y no los delirios y la avaricia de los revoltosos y pendencieros”.⁷

Este autor escribía en un contexto de incipiente surgimiento del capitalismo y veía en las fuerzas económicas un medio de mejora de las condiciones de cada individuo; por lo tanto, cualquier intento de poner un freno a la economía y a las fuerzas capitalistas era ir en desmedro de uno mismo. Las relaciones económicas son el eje central en la conformación del Estado y la legislación debía estar orientada a mantener el orden de estas relaciones.

Podemos observar algunas consideraciones que cortan temporalmente, desde su tiempo hasta el nuestro, el razonamiento lockeano. Una cuestión que se desprende de la afirmación, es la idea de igualdad entre todos los hombres con base en la racionalidad y la capacidad laboral que permite que cualquiera que lo desee pueda prosperar en la sociedad; se trata de la llamada meritocracia. El segundo punto a objetarse es la calificación y la consolidación de las etiquetas para todo aquel que no se acerque a este tipo ideal de hombre, tildándolo de revoltoso y pendenciero.

7 Ibid., p. 52.

Pero también, cuando hablamos de revoltosos y pendencieros –o criminales– y la imperiosa necesidad de castigar a las personas que no se atienen al pacto social, debemos mencionar que la exclusión del derecho al voto por parte de aquellos que han violentado el contrato social, es poner una carga sobre el individuo que asume la responsabilidad de su actividad criminal de forma deliberada y racional. Esto invisibiliza las verdaderas causas, siendo que la actividad criminal escapa únicamente a la elección individual.⁸

Por lo tanto, cuando trasladamos la responsabilidad del delito al individuo estamos poniendo en su dominio interno la elección de dedicarse a una vida por fuera de la ley o ser un ciudadano que respete la legalidad y las relaciones sociales. Esto desconoce por completo el complejo tejido social y cultural que rodea a las decisiones individuales en materia delictiva, invisibilizando una deficiente redistribución de la renta, una alta fragmentación social, o las solapadas políticas represivas de un Estado de derecho.

Para Rousseau, sin embargo, las ideas del pacto social divergen en algún punto con lo anterior. Para este autor, el paso del estado de naturaleza a una vida *societal* se establece como un mecanismo que intenta eliminar las desigualdades naturales. En lugar de destruir la igualdad natural, el pacto fundamental sustituye –por el contrario– con una igualdad moral y legítima lo que la naturaleza había podido poner de desigualdad física entre los hombres, y que pudiendo ser desiguales en fuerza o talento se convierten en iguales por convención y derecho.⁹

8 Dhami, M. K. “La política de privación del sufragio a los presos: ¿Una amenaza para la democracia?”, *Revista de derecho* 22(2), Valdivia, 2009, p 127.

9 Traversa, F. *La gran transformación de la democracia: de las comunidades primitivas a la sociedad capitalista*, Ediciones Universitarias, 2011, p. 54.

Por ende, en este nuevo estado, la individualidad no es tan importante –como sí lo es la voluntad general– un concepto que hace del diálogo y el consenso el motor del progreso social. La suma de todas las partes –o sea cada individuo– es importante para la creación de las leyes y, por lo tanto, la sujeción a las mismas no sería de forma mandatada sino voluntaria.

De todas maneras, para Rousseau, romper el pacto social por medio de las actividades delictivas era motivo de destierro y hasta la muerte. Ante la disyuntiva entre el individuo y mantener el orden social, para este suizo se debería de mantener el segundo ante cualquier hecho, cesando al individuo de pertenecer a la comunidad.¹⁰

Si bien entre los autores mencionados existe una coincidencia en este punto, el motivo de exclusión ante las conductas criminales es diferente. Mientras que para Locke se trata de la defensa de la propiedad privada y los medios de producción, para Rousseau se justifica por medio del bien máximo que es el funcionamiento armónico de la sociedad. No olvidemos que el pacto social roussoniano está fundado bajo las premisas de eliminar las desigualdades naturales y promover el orden social.

Pero también existe otra diferencia. Para Rousseau la economía debe de estar sujeta para el mayor bienestar de la sociedad y ser una herramienta en función del progreso colectivo y no de la acumulación individual, siguiendo la teoría aristotélica del “punto medio” en donde los extremos no deben de estar tan separados como para que se produzca una confrontación que quiebre la paz social. “Aproximad los extremos –afirmó– tanto como sea posible: no permitid ni gentes opulentas ni mendigos. Estos dos estados, inseparables por naturaleza, son igualmente funestos para el bien común [...] entre ambos se realiza siempre

10 Rousseau, J. J. *El contrato social*. Porrúa, México, 2004, p. 24.

el comercio de la libertad pública; el uno la compra y el otro la vende”¹¹.

Algunas situaciones en la distribución de los valores fundamentales no favorecen los métodos políticos competitivos ni las poliarquías, porque tal situación equivale a la desigualdad extrema en la distribución de los resortes políticos básicos y tiene muchas posibilidades de producir resentimientos y frustraciones que debiliten la adhesión al régimen.

Pero a este debate filosófico se agrega ahora uno más terrenal, relacionado con el propio significado y funcionamiento de la democracia que está –además– estrechamente ligado con el anterior. Como señala Dhami, la exclusión de los derechos políticos supone colocar sobre el individuo una carga absoluta de responsabilidad respecto de su actividad criminal. En tal sentido, sabemos que las democracias contemporáneas han tomado actitudes divergentes frente a este problema: mientras algunas restringen los derechos políticos, otras no lo hacen.

Surge entonces una pregunta interesante. ¿Son similares en algunas variables de interés las democracias que colocan restricciones sobre los derechos políticos a las que no lo hacen? En tal sentido, la decisión de colocar o no restricciones y de depositar toda la responsabilidad del comportamiento delictivo en el individuo, ¿tienen alguna relación con ciertas variables de interés que pueden suponer un funcionamiento diferente de la democracia?

11 Traversa, F. *La gran transformación de la democracia: de las comunidades primitivas a la sociedad capitalista*. Ediciones Universitarias, 2011, p. 54.

II. Los países que imponen restricciones al sufragio, ¿son significativamente diferentes de los que no lo hacen en algunas variables socioeconómicas de interés?

En el trabajo *Punishment and Social Exclusion National*, de Uggen y Van Brakle (2006), los autores logran identificar y clasificar 40 países sin restricción al derecho de ejercer el voto y 65 que tienen alguna restricción¹². Este trabajo se basó en una metodología de revisión de fuentes secundarias; en ese marco, el difícil acceso a la información en algunos países hace que la lista no sea exhaustiva. En lo particular, aclararía que el primer grupo no tiene restricciones o en su defecto son barreras *soft*: por ejemplo, retirar el derecho al sufragio para penas mayores a tres o cinco años, o cuando se encuentra estipulado para algunos delitos en específico.

12 En este listado se excluye a Puerto Rico al no ser Estado independiente. Sin embargo, está incluido en la lista original; por lo tanto, los que no restringe el derecho de ejercer el voto son realmente 39. También se excluye a Kosovo para este análisis, aunque se encuentra en el trabajo original, debido a que no hay datos para establecer el IDH y que es un Estado con reconocimiento limitado o parcial por parte de la comunidad internacional; por tanto, los que tienen alguna restricción son 64.

Cuadro 1: Naciones sin restricciones en el derecho al voto e Índice de Desarrollo Humano(en adelante “el IDH”)¹³

Posición	País	IDH	Posición	País	IDH
1	Noruega	0,949	36	Polonia	0,855
2	Suiza	0,939	37	Lituania	0,848
4	Alemania	0,926	41	Portugal	0,843
5	Dinamarca	0,925	45	Croacia	0,827
7	Holanda	0,924	48	Montenegro	0,807
8	Irlanda	0,923	50	Rumania	0,802
9	Islandia	0,921	66	Serbia	0,776
10	Canadá	0,920	69	Irán	0,774
13	Nueva Zelanda	0,915	71	Turquía	0,767
14	Suecia	0,913	75	Albania	0,764
17	Japón	0,903	81	Bosnia	0,750
19	Israel	0,899	82	Macedonia	0,748
20	Luxemburgo	0,898	90	China	0,738
23	Finlandia	0,895	119	Sudáfrica	0,666
25	Austria	0,893	138	Laos	0,586
25	Eslovenia	0,890	139	Bangladesh	0,579
26	Italia	0,887	142	Santo Tomé	0,574
27	España	0,884	147	Pakistán	0,550
28	República Checa	0,878	160	Lesoto	0,497
29	Grecia	0,866			

13 Uggen, C., Van Brakle, M., & McLaughlin, H. Punishment and social exclusion: National differences in prisoner disenfranchisement. In *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective*. Cambridge University Press. 2009.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Índice de Desarrollo Humano 2016.

De estos 39 países seleccionados, hemos cruzado información con los datos disponibles en el documento sobre el IDH que elabora el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y agrupa a los países en cuatro niveles: muy alto, alto, medio y bajo. Del cruce de estos datos surge que el 67 % de los mismos que no impone restricción al sufragio a la población privada de libertad, cuenta con un IDH muy alto, el 18 % se ubica con uno alto, el 13 % con uno medio y solamente el 3 % con un IDH bajo.

Cuadro 2: Países con restricción al voto de las personas privadas de libertad¹⁴

Posición	País	IDH	Posición	País	IDH
2	Australia	0,939	92	Mongolia	0,735
10	Estados Unidos	0,920	92	Santa Lucía	0,735
16	Reino Unido	0,909	94	Jamaica	0,730
21	Francia	0,897	99	San Vicente	0,722
22	Bélgica	0,896	103	Belice	0,706
30	Estonia	0,865	104	Samoa	0,704
33	Chipre	0,856	107	Moldavia	0,699
33	Malta	0,856	108	Botsuana	0,698
38	Chile	0,847	111	Egipto	0,691
40	Eslovaquia	0,845	115	Vietnam	0,683
43	Hungría	0,863	116	Filipinas	0,682
44	Letonia	0,830	120	Kirguistán	0,664
45	Argentina	0,827	122	Cabo Verde	0,648
49	Rusia	0,804	125	Guatemala	0,640
52	Bielorrusia	0,796	127	Micronesia	0,638
54	Barbados	0,795	130	Honduras	0,625
54	Uruguay	0,795	131	India	0,624
56	Bulgaria	0,794	135	Guinea Ecuatorial	0,592

14 *Ibid.*

56	Kazajistán	0,794	146	Kenia	0,555
58	Bahamas	0,792	150	Angola	0,533
59	Malasia	0,789	152	Nigeria	0,527
60	Panamá	0,788	153	Camerún	0,518
65	Trinidad y Tobago	0,780	154	Papúa Nueva Guinea	0,516
70	Georgia	0,769	154	Zimbabue	0,516
71	Venezuela	0,767	158	Madagascar	0,512
78	Azerbaiyán	0,759	160	Comoras	0,497
79	Brasil	0,754	162	Senegal	0,494
84	Armenia	0,743	163	Haití	0,493
84	Ucrania	0,743	163	Uganda	0,493
87	Perú	0,740	167	Benín	0,485
89	Ecuador	0,739	175	Mali	0,442
			179	Sierra Leona	0,420
			181	Mozambique	0,41

Si se observa el cuadro 2, en el que se incluyen los países que sí imponen alguna restricción al sufragio a la población privada de libertad podrá encontrarse que la proporción de estos con un IDH muy alto es de solo un 22 %; mientras el del 36 % es alto, un 20 % tiene un desarrollo medio y el 22% lo integran las naciones con uno bajo de desarrollo humano.

Estos datos nos dan una aproximación a cierta tendencia en cuanto a la calidad en el Índice de Desarrollo Humano y las restricciones en las personas privadas de libertad.

Con el objeto de efectuar una exploración en torno a este asunto, se compararon los valores medios de las democracias que colocan restricciones y de las que no lo hacen; se hizo en siete variables de interés: la tasa de prisionización (en adelante “la TP”), el IDH, el índice de Gini (en adelante “el IG”), el producto

interno bruto (en adelante “el PIB”), el producto interno bruto per cápita (en adelante “el PIB per cápita”), la fraccionalización étnica (en adelante “la FE”), la fraccionalización religiosa (en adelante “la FR”) y la fraccionalización lingüística (en adelante “la FL”).

La TP es la cantidad de personas privadas de libertad por cada 100 000 habitantes. Esta variable representa una medida uniforme y comparable entre los países, que ilustra el grado de extensión de las medidas punitivas de encierro en cada sociedad. Junto a la misma, se agregan dos variables socioeconómicas de medición de la desigualdad en la distribución de la renta –el IG– así como del bienestar de una sociedad: el PIB per cápita. Por último, se agregan tres indicadores que miden la cohesión social: la FE, la FL y la FR.

El resultado de estas estimaciones se aprecia en el cuadro 1. Como se observa, las democracias que no colocan restricciones al sufragio presentan niveles medios de prisionización significativamente menores que las que sí lo hacen (120 vs. 189); las primeras exhiben, además, mayores niveles de desarrollo humano que las que sí restringen el sufragio (.817 vs. .706); asimismo, también tienen niveles de desigualdad significativamente menores para el IG (33,31 vs. 38,59). Por su parte, si observamos el PBI per cápita los países sin restricciones resultan significativamente más ricos que los que sí las tienen.

Las medidas de fraccionalización étnica, religiosa y lingüística –.2941; .3910; y .2845 correspondientemente– son significativamente más bajas para el primer grupo de países que para el segundo, en donde las cifras ascienden a .4313 para la FE, a .4763 para la FR y a .3727 para la FL. Cabe señalar que las diferencias en el caso de la FL no son significativas desde el punto de vista estadístico.

Cuadro 3: Estimaciones de diferencias de medias en variables socioeconómicas seleccionadas para países con restricciones al sufragio (1) y sin restricciones al sufragio (0)¹⁵

	Restricción	D	Media	Desviación estándar	Media de error estándar	Significancia
Tasa Pris. (A)	1	63	189,52	116,854	14,722	,001
	0	38	120,47	68,103	11,048	
IDH (B)	1	63	,706476	,1347226	,0169735	,000
	0	39	,817923	,1219912	,0195342	
Gini (C)	1	59	38,593220	8,3317396	1,0847001	,002
	0	38	33,315789	7,4945215	1,2157719	
PBI p Cap (D)	1	62	9951,60	12503,778	1587,981	,000
	0	39	27274,08	25166,458	4029,858	
FE (E)	1	63	,431332	,2490543	,0313779	,007
	0	38	,294189	,2251188	,0365191	
FR (F)	1	63	,476371	,2172406	,0273697	,069
	0	38	,391097	,2388638	,0387488	
FL (G)	1	63	,372705	,2869999	,0361586	,120
	0	38	,284547	,2498201	,0405262	

15 Fuente: elaboración propia. A) Datos extraídos del *Institute for Criminal Policy Research*; B) Datos extraídos del Informe del Índice de Desarrollo humano 2016; C) Banco Mundial; D) Banco Mundial; E) -F) y G) Datos de fraccionalización étnica, religiosa y lingüística de Alesina, A. y otros. "Fractionalization", 2003, vol.8 (2), 2003, *Journal of Economic growth*.

Por otra parte, como resultado de la Prueba T de comparación de medias,¹⁶ se desprende que las diferencias entre las democracias que colocan o no restricciones son altísimamente significativas en el caso de algunas variables: TP, ÍDH, desigualdad de ingresos y PIB per cápita. Las diferencias reveladas entre los niveles medios de estas variables de interés para países con o sin restricciones, solo podrían encontrarse por azar con una probabilidad de una en 1000.

Por tanto, más allá de atribuir una relación causal entre variables, parece existir una indudable asociación entre los siguientes factores: las sociedades que no colocan restricciones son más igualitarias, tienen mayores niveles de ingreso per cápita y de desarrollo humano, presentan menores tasas de prisionización y menor nivel de fraccionalización étnica. Podemos preguntarnos, entonces, si la inflación punitiva en el caso de la restricción de derechos políticos no se relaciona con una serie de dificultades subyacentes a las sociedades que adoptan las posturas más restrictivas.

Al mismo tiempo, podemos preguntarnos si la adopción de estas medidas restrictivas no supone un problema para el propio funcionamiento de la democracia, en tanto al aumentar la TP con presencia de restricciones una mayor proporción de la población no se identifica con las instituciones de mecanismos de participación política. También podemos preguntarnos –dada la asociación de las restricciones con la desigualdad, el menor desarrollo humano y la FE– si la población reclusa y privada de derechos políticos no comparte también un origen social, posiblemente ligado con mayores niveles de vulnerabilidad.¹⁷

16 La prueba T de comparación de medias nos da la pauta si la asociación de dos variables es estadísticamente significativa, por ejemplo Restricción y PBI, o Restricción y Fraccionalización étnica.

17 En rigor, aunque la intuición y la lógica apuntan a que la población privada de

No es promisorio para el funcionamiento de una democracia, que la presencia de restricciones esté asociada a sociedades segmentadas desde el punto de vista social y con menores niveles de desarrollo humano.

Algunas situaciones en la distribución de los valores fundamentales no favorecen los métodos políticos competitivos ni las poliarquías, porque tal situación equivale a la desigualdad extrema en la distribución de los resortes políticos básicos; además, tiene muchas posibilidades de producir resentimientos y frustraciones que debiliten la adhesión al régimen.¹⁸

Esta concepción del bien común, con base en las condiciones materiales de los sujetos miembros de la sociedad, es tan importante como el lenguaje que se va a utilizar para definir ese concepto. Cuando dentro de una misma sociedad existe una polarización tan marcada, el uso del lenguaje y de la simbología se convierte en materia de discusión y lucha.

El intercambio de posiciones, por medio de una deliberación razonable y racional, trae consigo un crecimiento de la sociedad al involucrar a todas las partes y es pertinente a efectos de que la totalidad se sienta incluida en la participación para la creación de la legislación, motivo por el cual los gobernantes deben de trabajar a fin de brindar la mayor soberanía al pueblo y –sobre todo– empoderar a la ciudadanía. Parece un poco ilógico, desde la perspectiva de una democracia representativa, que el poder emanado del cuerpo electoral luego se vea coartado por sus

derechos políticos comparte estos problemas, la afirmación no puede hacerse con certeza pues estaríamos incurriendo en un problema de falacia ecológica: que las sociedades sean más desiguales o con menor desarrollo humano, no implica que la población efectivamente reclusa pertenezca a un subgrupo con mayores vulnerabilidades.

18 Dahl, R. A. *La democracia y sus críticos*, trad. Wolfson, L., volumen 779, Paidós. Barcelona, 1993, p. 100.

representantes y que estos –una vez en el poder– usen y abusen de tal privilegio excluyendo a determinados grupos sociales.

Esta dimensión política de represión y de la exclusión de la vida pública, tiene una raíz de reconfiguración del tejido social en dos dimensiones: la primera, desde las cúpulas de poder sean estas políticas, económicas o religiosas; la segunda es el camino “desde abajo”. Cuando se estructura una entidad diferente que debe ser excluida de la toma de decisiones y de los recursos estatales, esto permite tener una identificación propia con el Estado por parte de ese grupo que excluye. Se comienza a configurar también no solo una pertenencia racial, en contraposición a los otros grupos, sino que se intensifican las demandas y la identificación con ese Estado pretendiendo cooptar los recursos en búsqueda de una superioridad, cualquiera sea el clivaje.

Esto lo estamos viendo en la actualidad no solamente en la continua exclusión de la población afrodescendiente, sino que también se está dando con las personas migrantes en los Estados Unidos y en Europa adonde sus nativos ven los movimientos migratorios como una amenaza potencial a su bienestar, a sus fuentes laborales y como factor para un posible colapso de sus sistemas de salud, educativo y de seguridad social. Por esto reclaman más medidas proteccionistas y más recursos estatales para su beneficio, generándose además la oferta de políticos que ven la oportunidad de aplicar medidas restrictivas, más represión a determinados grupos y más exclusión, así como el resurgimiento y el fortalecimiento de los nacionalismos.

En resumen, podemos decir que mayores tasas de prisionización están relacionadas a menores índices de desarrollo humano; es decir, a sociedades más desiguales y con menor crecimiento económico. A su vez, los países que tienen estos

menores indicadores económicos y mayor TP tienden a tener una política más restrictiva en materia penal, excluyendo del derecho al sufragio a la población privada de libertad.

III. ¿Hacia dónde vamos?

Dado que no podemos escapar a nuestro carácter de *zoon politikón*, debemos de pensar y definir el tipo de sociedad en que queremos vivir ¿En una en donde los individuos sean iguales en acceso a los recursos, libres y capaces de emanciparse, basada en la igualdad de derechos y la igualdad en la justicia? ¿O en una sociedad desigual, arbitraria y coactiva? Las preguntas que han atravesado los tiempos sobre la cuestión de la igualdad, han sido varias. Para Rancière, por ejemplo, la política “es la actividad que tiene por principio la igualdad, y el principio de la igualdad se transforma en distribución de las partes de la comunidad en el modo de un aprieto: ¿de qué hay y no hay igualdad entre cuáles y cuáles? ¿Qué son esas ‘qué’, quiénes son esas ‘cuáles’? ¿Cómo es que la igualdad consiste en igualdad y desigualdad?”¹⁹

Para Bobbio, las preguntas son la igualdad entre quiénes e igualdad en qué cosas.²⁰ En su obra denominada El liberalismo político, John Rawls establece dos condiciones teóricas ideales para la creación de instituciones inclusivas que permitan la igualdad y la libertad en la sociedad. La primera de estas es el concepto de “posición original”; se trata de un sistema imaginario de igualdad primordial donde las partes no tienen conocimiento de sus identidades personales o de sus intereses creados. Por lo tanto, para esto hay dos puntos. El primero: cada persona tiene

19 Rancière, J. *El desacuerdo: política y filosofía 1999*, p. 7, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires.

20 Bobbio, N. *Igualdad y libertad*, volumen 24, Grupo Planeta (GBS), 1993, p. 54.

un derecho igual a un esquema de libertades básicas compatibles con un esquema de libertades para todos; o sea, todos tenemos las mismas libertades básicas que encajan perfectamente con las libertades del grupo. El segundo: las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones. ¿Cuáles? Cargos y posiciones abiertos a todos en equitativa igualdad de oportunidades, es una; las desigualdades deben ser para el mayor beneficio de los menos aventajados, es la otra.²¹

La segunda es el concepto del “velo de la ignorancia”, el cual es un estado imaginario de preferencias comprensivas de principios de justicia. Lo que significan estos dos conceptos juntos, es que si no supiéramos donde vamos a nacer y cuáles serán nuestra posición social, ¿qué elegiríamos? Una sociedad que nos permitiera la mayor libertad, igualdad, posibilidad de ascenso social y una vida digna, o una sociedad opuesta a esta.²²

Según el último estudio sobre el Índice de Pobreza Multidimensional Global 2017 (IPMG 2017), en donde se analizan los 103 países más pobres, se determinó que en estos viven 5 400 000 000 de personas y que, de esa cantidad, 1 450 000 000 son pobres. Sobre esta población, las personas indigentes llegaban a ser 706 000 000, padeciendo exclusiones extremas e incluso desnutrición grave. Para terminar de contrastar la teoría con la realidad, en esos 103 países la niñez representa el 34 % del total de sus habitantes; del total de su población, el 48 % es pobre. Por lo tanto, no solo vemos una extrema pobreza actual y una desigualdad estructural, sino que hay una infantilización de la pobreza. Mientras tanto, desde OXFAM Internacional se asegura que el 1 % de la población recibió el 82 % de la riqueza generada

21 Rawls, J. *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, 1995.

22 *Ibid.*, p. 68.

en 2017.²³ Por lo tanto, las posibilidades de nacer y crecer en un ambiente de desigualdad y pobreza son ostensiblemente más altas que pertenecer a las clases mayormente privilegiadas.

Entonces es necesario discutir y aplicar un sistema redistributivo que permita la emancipación de las personas, de forma tal que se vaya eliminando la pobreza. De todas maneras, cuando se habla de redistribución hay una corriente crítica a esta relación de igualdad y libertad que viene desde el liberalismo económico más canónico, que aboga por una relación negativa entre estos términos y que cuanto más igualitaria es una sociedad menos libre se encuentra la ciudadanía.

La división y la invisibilización de las clases más necesitadas se acentúan mientras no exista una redistribución eficiente hacia estas, como mencionaba Rawls. En este contexto los pobres se convierten en “[I]a distorsión o la torsión constitutivas de la política como tal. El partido de los pobres no encarna otra cosa que la política misma como institución de una parte de los que no tienen parte. Simétricamente, el partido de los ricos no encarna otra cosa que la antipolítica. De la Atenas del siglo V a.c hasta nuestros gobiernos, el partido de los ricos no habrá dicho nunca sino una sola cosa, que es precisamente la negación de la política: no hay parte de los que no tienen parte”.²⁴

Hay que entender esa falsa dicotomía y resignificar que la libertad y la igualdad son conceptos no solo deseados, sino que íntimamente relacionados en una sociedad moderna. Debe existir un camino, que lo transitaron y lo siguen haciendo las

23 Hope, Kalie. «El 1% de los ricos del mundo acumula el 82% de la riqueza global» (y las críticas a estas cifras de Oxfam), BBC News, 22 de enero del 2018, disponible en <http://www.bbc.com/mundo/noticias-42776299>

24 Rancière, J. *El desacuerdo: política y filosofía*, 1999 pág 28. Ediciones Nueva Visión. Buenos Aires, Argentina.

socialdemocracias cuando el foco principal de sus políticas se convirtió en una búsqueda por la igualdad material y formal de la ciudadanía. Los críticos a este proceso de igualación alegan que ven coartada su libertad debido a la regulación estatal que se realiza; libertad entendida como libre mercado, como una libertad economicista.

Sin embargo, como lo plantea Rawls, esta transferencia desde los más ricos a los más pobres tiene un límite.

Una sociedad debería tratar de evitar situaciones en las cuales las contribuciones marginales de los mejor colocados sean negativas, ya que *–ceteris paribus–* esto parece una falta más grave que el no alcanzar el mejor esquema cuando estas contribuciones son positivas. El que la diferencia entre ricos y pobres sea aún mayor, viola tanto el principio de la mutua ventaja como la igualdad democrática.²⁵

Aun así, la redistribución económica es necesaria –aunque no suficiente– para demostrar una verdadera igualación entre los sectores sociales. Como menciona Fraser, el debate sobre la justicia social se está dando en dos dimensiones. La primera de son las reivindicaciones redistributivas; la segunda es la política del reconocimiento, en donde los grupos hegemónicos acepten la diversidad como lo normal en los sistemas democráticos.

Pero para el grupo social de personas privadas de libertad, tal reconocimiento rara vez es otorgado. Existe un ideario social de que es justo que un condenado sufra físicamente más que los otros seres humanos.²⁶ Las penas a través de los siglos han abandonado el castigo corporal explícito y público, para

25 Rawls, J. *Teoría de la justicia*, 1995 p. 84. Fondo de Cultura Económica

26 Foucault, M. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, Editorial Siglo XXI. segunda edición, sexta reimpresión. Buenos Aires, 2015, p. 25.

convertirlo en un encierro que lleva al anonimato total y la exclusión completa del tejido social. El anonimato se convierte de esta manera en la fineza conceptual de la discriminación: no se puede discriminar lo que no existe, lo que está invisibilizado. Esta postura es la contraria al reconocimiento social y político de la tesis de Fraser.

Cuando existen procedimientos que excluyen a los miembros de algún sector determinado de la sociedad, los mismos no tienen incentivo alguno para sentirse miembros de la comunidad; más aún, se reducen los incentivos para su normal integración y una conformación crítica de su moralidad ontológica que redunde en un bien común, lo que lleva a que existan más motivos para actuar por fuera de la legalidad que dentro del marco del Estado de derecho.

IV. El derecho al sufragio en el derecho Internacional de los derechos humanos

Dados los antecedentes estadísticos y teóricos, vale saber de dónde venimos y hacia dónde vamos mediante la normativa en el sistema internacional de derechos humanos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos— adoptada por las Naciones Unidas en 1947— marca un hito histórico al ser el primer instrumento jurídico donde se positivizan los derechos fundamentales estableciendo como su eje central la libertad, la justicia, la paz y el reconocimiento de la dignidad intrínseca de todas las personas.

En sus dos primeros artículos se hace especial énfasis en el principio de igualdad y no discriminación, manifestando que todas las personas nacen libres e iguales y tienen los mismos

derechos sin ninguna distinción de sexo, raza, etnia, posición económica o social, ni condición política o jurídica.

Con respecto al derecho a la participación política y al ejercicio de la ciudadanía, el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos determina que:

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.
3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

En 1966 –con la adopción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos– la comunidad internacional le otorgó un reconocimiento mayor a los derechos a la participación política y al sufragio. El artículo 25 de este instrumento indica que todos los ciudadanos pueden gozar, sin discriminación alguna, del derecho a votar y a ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad del electorado.

Además, mediante el artículo 28 del mismo se crea el Comité de Derechos Humanos al que le otorga la facultad de ser su órgano de interpretación y seguimiento. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos adopta en 1996 la Observación General 25 en la cual recuerda los Estados tiene la obligación de adoptar medidas legislativas o de cualquier tipo, para garantizar a los

ciudadanos el acceso efectivo a los derechos que el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ampara. “El ejercicio de estos derechos por los ciudadanos no puede suspenderse ni negarse, salvo por los motivos previstos en la legislación y que sean razonables y objetivos. Por ejemplo, la incapacidad mental verificada puede ser motivo para negar a una persona el derecho a votar o a ocupar un cargo público”.²⁷

En el mismo sentido, el citado Comité explica que el derecho a votar en elecciones y referendos debe estar debidamente reconocido por la ley; también determina que las restricciones que se impongan al ejercicio de este derecho deben ser razonables y estar justificadas, por ejemplo, debido al límite de edad. Por el contrario, los Estados tienen la obligación de adoptar medidas positivas para superar toda dificultad concreta como el analfabetismo, las barreras lingüísticas, la pobreza o los obstáculos a la libertad de circulación que impiden a las personas con derecho a votar que puedan ejercerlo de forma efectiva.

No obstante, el Comité de Derechos Humanos reconoce que hay países que suspenden o limitan dicho ejercicio a personas privadas de libertad, por ello señala que cuando “el motivo para suspender el derecho a votar es la condena por un delito, el período de tal suspensión debe guardar la debida proporción con el delito y la condena. A las personas a quienes se prive de libertad pero que no hayan sido condenadas no se les debe impedir que ejerzan su derecho a votar”.²⁸ (1996: Párr. 14)

27 Comité de Derechos Humanos. *La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto*, Observación General N° 25, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, 57° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194 (1996), núm. 4, disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom25.html>

28 Comité de Derechos Humanos. *Observación General No. 21*, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, Artículo 10 - Trato

Esto a pesar de haber señalado que las personas privadas de libertad no pueden ser sometidas a penurias o restricciones que no sean los que resulten de la privación de la libertad; “debe garantizarse el respeto de la dignidad de estas personas en las mismas condiciones aplicables a las personas libres. Las personas privadas de libertad gozan de todos los derechos enunciados en el Pacto, sin perjuicio de las restricciones inevitables en condiciones de reclusión”.²⁹

En este mismo sentido, la Reglas Nelson Mandela del 2015, que son una actualización a las Reglas mínimas de tratamiento de reclusos (en adelante “las Reglas mínimas») de las Naciones Unidas, indican en la número cinco que el régimen penitenciario debe procurar reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad que tiendan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su dignidad como ser humano. Es decir, en principio todos los derechos inherentes a las personas se deben mantener a excepción de la libertad de tránsito en razón del estado de reclusión en que se encuentran.

Interesante antecedente a mencionar dentro del sistema universal de protección de derechos humanos es una Opinión Técnica Consultiva elaborada por la Oficina Regional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (en adelante “la UNODC”). Esta es una agencia de Naciones Unidas que tiene dentro de sus funciones la elaboración de opiniones técnicas consultivas para apoyar a las autoridades gubernamentales en el diseño de políticas públicas a la luz del derecho internacional.

humano de las personas privadas de libertad, 44° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 176 (1992), núm. 14, disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom25.html>

29 *Ibid.*, núm. 3.

En la misma, la UNODC lo hizo en relación con Panamá sobre el derecho a la participación de las personas privadas de libertad, manifestando que si bien la participación política no es reconocida como un derecho absoluto según el derecho internacional y algunos Estados tienden a limitarlo para las personas privadas de libertad, las limitaciones que se dispongan deben ser proporcionales a la condena y tener el menor impacto posible.

Con base en este entendimiento, UNODC considera que los Estados Miembros deberían encontrar otras formas de promover el ejercicio de participación política para las personas privadas de libertad, con vistas inclusive a respetar el principio de la normalidad establecido por la Regla 60 de las Reglas Mínimas. El proceso de integración (o reintegración) social debe incluir también la preparación para que las personas privadas de libertad puedan volver a participar de un Estado Democrático, preparándose para ejercer en el futuro el pleno derecho a la participación política.³⁰

Ahora bien, el sistema regional de protección de derechos humanos se ha manifestado reiteradamente sobre el derecho al voto y a la participación política apegándose al principio de igualdad y no discriminación. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana”), adoptada en San José en 1969, señala que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

30 Oficina Regional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para Centroamérica y el Caribe. *Derecho a la participación para las personas privadas de libertad en Panamá*, Opinión Técnica Consultiva No. 005/2013, dirigida a la Dirección General del Sistema Penitenciario de Panamá, UNODC ROPAN, Equipo de Justicia Criminal y Reforma Penitenciaria, p. 8, disponible en https://www.unodc.org/documents/ropan/TechnicalConsultativeOpinions2013/Opinion_5/Opinion_Consultiva_005-2013.pdf

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

En sociedades democráticas, los derechos y libertades son inherentes a las personas, y la democracia participativa es determinante en todo el sistema del que la Convención Americana forma parte. En este sentido, los ministros de Relaciones Exteriores de las Américas aprobaron el 11 de septiembre del 2001 –durante la Asamblea Extraordinaria de la Organización de los Estados Americanos– la Carta Democrática Interamericana, la cual afirma en su tercer artículo que son “elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”.

Los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas; también, por medio de representantes libremente elegidos. En la sentencia *Castañeda Gutman contra México*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana” o “la Corte IDH”) señala que el derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia; además, sostiene que es una de las formas en que los ciudadanos expresan

libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación política. “Este derecho implica que los ciudadanos pueden decidir directamente y elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos”.³¹

Asimismo, en la sentencia *Yatama contra Nicaragua*, la Corte Interamericana recuerda que el artículo 23 de la Convención Americana consagra los derechos a la participación en la dirección de asuntos públicos, a votar, a ser elegido y a acceder a las funciones políticas en condiciones de igualdad. “Es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para dichos [sic] derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación”.³²

Para el ejercicio de esta participación política, las personas pueden realizar de manera individual o conjunta distintas actividades con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa. La Corte Interamericana en el mismo caso contra Nicaragua explica que “[e]l ejercicio de los derechos a ser elegido y a votar, están íntimamente ligados entre sí, es la expresión de las dimensiones individual y social de la participación política. Los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección

31 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 6 de agosto del 2008, párr. 147, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM01.pdf>

32 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua* (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23 de Junio de 2005, párr. 195, Serie C No. 127, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf

de los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos”.³³

Es decir, el derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán.

Si bien es cierto este derecho puede limitarse, la restricción que se imponga debe apegarse al principio de legalidad y estar debidamente justificada. Tal como lo señala el artículo 30 de la Convención Americana, “las restricciones permitidas [...] al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

Al respecto, la Corte IDH en su Opinión Consultiva 6/86 manifestó que el citado artículo 30 se refiere a las restricciones que la propia Convención Americana autoriza a propósito de los distintos derechos y libertades que la misma reconoce. Pero debe subrayarse que, según el texto de la Convención Americana, es ilícito todo acto orientado hacia la supresión de uno o cualquiera de los derechos proclamados por esta. En circunstancias excepcionales y bajo condiciones precisas, permite suspender temporalmente algunas de las obligaciones contraídas por los Estados. En condiciones normales, únicamente caben restricciones al goce y ejercicio de tales derechos. Pero la distinción entre restricción y supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades, resulta de la propia Convención Americana.

33 *Ibid.*, párr. 197 y 198.

En este mismo sentido, la Corte Interamericana en la sentencia Herrera Ulloa contra Costa Rica señaló que toda “restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue”.³⁴ (2004: Párr. 121).

Conclusiones

Como se ha observado en los capítulos precedentes, el papel de las personas privadas de libertad y su relación con la democracia ha sido bastante conflictivo tanto en la cuestión teórica como en la práctica.

A partir de las teorías contractualistas se pudo tener un acercamiento de la defensa de la democracia y las mejores condiciones objetivas para su fortalecimiento. Una sociedad que solventa y minimiza los conflictos puede desarrollar las políticas democráticas necesarias para brindar igualdad y justicia. Es por esto que todo aquel elemento disruptivo de la paz social, debe ser excluido de la polis a solo efecto de preservarla. El revoltoso, el delincuente aparece encubierto no como un individuo que a través de la violencia alza su voz para mostrar las desigualdades sociales, sino que es identificado como un destructor del pacto social y de la democracia. Como menciona Popper en su paradoja

34 *Ibid.*, párr. 206.

de la democracia, todo aquel que atente contra esta debe de ser eliminado en virtud de la sobrevivencia y el bienestar de la mayoría.

El camino de la exclusión en contextos democráticos es sumamente complejo ya que –primero– quién se encarga de marcar los parámetros de la eliminación de los asuntos públicos, con base a qué elementos se va a marginar y cuáles son las razones racionales y objetivas para tal medida. Marcar un proceso de inclusión sería más provechoso al poder tener un espectro amplio de miradas sobre la realidad, poder construir una democracia desde abajo y exigir una mayor rendición de cuentas entre la ciudadanía y los representantes. Entiendo que la oportunidad de otorgar derecho al sufragio a las personas privadas de libertad, es comenzar a transitar un camino de reconocimiento de las obligaciones cívicas en una sociedad. Como menciona Stuart Mill, privad a un hombre de que haga algo por su país y no se cuidará de él para nada.

Pero también, como se expuso, el aumento punitivo en forma descoordinada y de manera totalmente incoherente hace perder de vista el rol resocializador del sistema carcelario, aumentando las penas de forma descontrolada. Aumento punitivo que básicamente sucede por la demanda social, sin un proceso reflexivo de los actores para incluir en la legislación penal otras medidas alternativas. Por esto la inflación penal se obtiene para determinados delitos que atentan contra la vida y la propiedad privada, aumentando los años para estar privados de libertad. Simplemente esto lo que hace es acallar las voces que demandaban dicho aumento; por lo tanto, el derecho penal se convierte en herramienta de fácil uso para las políticas partidistas con objetivo electoral. Pero también cuando existen penas accesorias, como es la suspensión de ciudadanía, se silencian las voces de las personas privadas de libertad excluyendo sus derechos políticos fundamentales.

Como se confirmó mediante los análisis estadísticos, las sociedades que no imponen restricciones tienen menores tasas de prisionización y mejores indicadores socioeconómicos, mejor distribución de la renta y mayor desarrollo humano. Aquellas sociedades más homogéneas, con menor fraccionamiento de las mismas, tampoco presentan restricciones al voto frente a las restricciones impuestas en los países que tienen mayores niveles de fraccionamiento lingüístico, étnico o religioso. En resumen, las sociedades que no colocan restricciones son más igualitarias, con mayores ingresos y menores tasas de prisionización.

Este indicador debe de ser tenido en cuenta como un factor para comenzar a discutir el valor del derecho al voto de todos los grupos, incluso de los más marginados. Y esta razón no debe de tratarse meramente por los datos económicos, sino que el paradigma actual de inflación punitiva demuestra que la tendencia es al aumento de la TP, mientras que un paradigma basado en derechos nos remite a una disminución de estas cifras.

Pero también hay que preguntarse si los altos niveles de prisionización en los países menos desarrollados y con mayores índices de fraccionamiento, el derecho penal como un dispositivo inmediato para resolver, mediante medidas represivas los problemas estructurales de la democracia. Razonemos, por ejemplo, en una sociedad desigual en donde haya un gran número de personas marginadas de los sistemas formales, mediante la legislación se puede permitir la represión y el encierro de forma discrecional; de esta forma se invisibiliza todas las posibles demandas de estos grupos marginados.

Pero esto también implica impactos al sistema económico y la legitimidad del Estado. Por un lado, las medidas estatales de desempleo, tasa de actividad y pobreza –por poner un ejemplo– quedan subrepresentadas por marginar de sus estadísticas a las

personas que están dentro del sistema penitenciario. El segundo impacto económico y de legitimidad, es que el Estado puede responder a las demandas sociales de (in)seguridad mediante el crecimiento de las instituciones encargadas de la temática. La institución policial tiende a cumplir un rol fundamental en estos tipos de Estados, creciendo su plantilla y su presupuesto como burocracia especializada. Pero también se puede incentivar la implementación de la seguridad privada como mecanismo de prevención.

Dicho manejo del aparato estatal se convierte también en una herramienta política electoral, no solo para responder a las demandas del populismo punitivo del aumento de las penas, sino que hay otro factor electoral importante. Como exponen Shannon y Uggen para el caso de Estados Unidos, la privación del derecho al voto de las personas que se encuentran o se encontraron en el sistema carcelario –no olvidemos que algunos Estados de este país permiten tal práctica– tuvo un impacto importante en los resultados de las elecciones, incluida la del 2000. Si estuviera habilitado el derecho al voto, al menos siete elecciones entre 1978 y el 2000 se habrían dirimido a favor de los demócratas.³⁵ Un estudio sumamente interesante para transpolar a la realidad latinoamericana.

35 Shannon, S., y Uggen, C. "Incarceration as a political institution". Amenta, E. y otros 2012, p19. *The Wiley-Blackwell Companion to Political Sociology*, Wiley Blackwell.

The case of *Gelman v. Uruguay*: a case of human trafficking

*Raimy Reyes**

1. Introduction

The International Labour Organization in 2016 estimated that 40.3 million people were in modern-day slavery, including 24.9 million in forced labour and 15.4 million in forced marriage.¹ The various forms of modern-day slavery, such as forced labour and human trafficking, undeniably constitute an atrocious crime against the individual and are a continuous violation of multiple human rights.

In the Americas, according to figures from the United Nations Office on Drugs and Crime, between 2010 and 2012, children accounted for 30% of identified victims of trafficking, while adults were the remaining 70% of the victims (50% women and 20% men).² Today, most of the countries in the region have specific legislation in line with the United Nations Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially

* International Human Rights Lawyer, LL.M.'16 Georgetown Law, Fulbright Scholar.

1 International Labour Organization, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*. Geneva: ILO, 2017. Available at: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf.

2 United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Global Report on Trafficking in Persons 2014*. United Nations publication, Sales No. E.14.V.10, p. 71. Available at: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP_2014_full_report.pdf.

Women and Children.³ Nonetheless, the criminal justice response against human trafficking is less than desired. For example, statistics show that only the United States and Peru reported more than 50 convictions for trafficking in persons per year, while some countries in Central America and in the Caribbean did not report a single conviction.⁴

The prohibition of trafficking in persons and other contemporary forms of slavery is part of customary international law and *jus cogens*.⁵ In the Inter-American System of Human Rights (IASHR), Article 6 of the American Convention on Human Rights (ACHR) absolutely prohibits slavery and involuntary servitude in all their forms, as well as trafficking in women and the slave trade. This Convention has been ratified by 23 of the 35 Member States of the Organization of American States.⁶

3 UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2014*, *supra* note 2, p. 75.

4 UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2014*, *supra* note 2, p. 77.

5 *See*: 1815 Declaration relative to the Universal Abolition of the Slave Trade; 1904 International Agreement for the Suppression of the White Slave Traffic; 1910 International Convention for the Suppression of the “White Slave Traffic”; 1921 League of Nations International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children; 1926 League of Nations Slavery Convention; 1933 League of Nations International Convention for the Suppression of the Traffic in Women of Full Age; 1949 United Nations Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others; and the 2000 United Nations Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children.

6 The 23 OAS Member States that have ratified the American Convention are: Argentina, Barbados, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Suriname and Uruguay. Trinidad and Tobago and Venezuela also ratified the American Convention but later denounced it, having effect in 1999 and 2013, respectively. *See*: IACHR, Annual Report 2015, *Introduction: Status of Ratification of Inter-American Instruments*, available at: <http://www.oas.org/en/iachr/docs/>

Although both the Inter-American Court of Human Rights (I/A Court) and the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) have the legal framework to process and decide cases based on a State's failure to respect and guarantee the right of persons within their jurisdiction not to be subject to human trafficking, to date neither has decided a case that declared a violation of Article 6 of the American Convention on that basis. Nonetheless, the System has interpreted the prohibition of slavery, involuntary servitude and human trafficking through its different mechanisms, such as country, thematic and annual reports, advisory opinions and the case and petition system.⁷

For instance, the IACHR has found that trafficking involves violations of other human rights, such as the rights to life, personal integrity, the prohibition against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment, liberty and personal security, the protection of honour and dignity, freedom of expression, children's rights, the right of women to a life free of violence, to private property, equality before the law and access to effective justice, and other rights recognized in inter-American instruments. As a result, human trafficking and slavery-like practices represent a violation of a multiple or continuous character, which is maintained until the victim is released.⁸

[annual/2015/TOC.asp](#).

7 See: IACHR, *Captive Communities: Situation of the Guaraní Indigenous People and Contemporary Forms of Slavery in the Bolivian Chaco*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 58. December 24, 2009; IACHR, *Human Rights of Migrants and others in the Context of Human Mobility in Mexico*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/13. December 30, 2013; I/A Court H.R., *Case of the Hacienda Brasil Verde Workers v. Brazil*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of October 20, 2016. Series C No. 318; I/A Court H.R., *Advisory Opinion OC-21/14: Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection*. Advisory Opinion OC-21/14 of August 19, 2014. Series A No.21; I/A Court H. R., *Case of Ramírez Escobar et al. v. Guatemala*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of March 9, 2018. Series C No. 351.

8 IACHR, *Human rights of migrants (...) Mexico*, supra note 8, paras. 350 and 351.

We will examine here the prohibition of slavery, involuntary servitude and human trafficking in the IASHR. First, we will study the legal framework against human trafficking provided in international and inter-American human rights instruments; second, we will examine how the System has interpreted Article 6 of the American Convention; finally, we will analyse and demonstrate how the facts presented in the case of *Gelman v. Uruguay* constituted human trafficking and how the Inter-American Court should have determined and declared State responsibility.

1. International instruments on the subject of human trafficking

At the international level, multiple instruments have addressed and expressly prohibited trafficking in persons. At the universal, regional and domestic levels, slavery in all its forms is now considered to be contrary to human dignity and its prohibition is customary international law and *jus cogens*. We will first observe how the prohibition of slavery attained such status and then refer to the most relevant international instruments that currently address human trafficking.

a) The prohibition of slavery, involuntary servitude and human trafficking as jus cogens

The *jus cogens* prohibition of slavery and slavery-related practices begins with the 1815 Declaration relative to the Universal Abolition of the Slave Trade,⁹ which is the first

9 Declaration of the Eight Courts (Austria, France, Great Britain, Portugal, Prussia, Russia, Spain and Sweden) relative to the Universal Abolition of the Slave Trade,

international instrument to condemn slavery.¹⁰ Slavery was first defined in the Slavery Convention adopted by the League of Nations in 1926, as “the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised.”¹¹ It has been estimated that between 1815 and 1957 some 300 international agreements were implemented to suppress slavery, replicating this definition to some extent.¹²

Both the League of Nations and its successor, the United Nations, have actively worked to eliminate slavery and slavery-related practices. As a result, it is now a well-established principle of international law that the “prohibition against slavery and slavery-related practices have achieved the level of customary international law and have attained *jus cogens* status.”¹³ The

signed at Vienna, 8 February 1815. Available in French at: http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/ohr/law-ohr-63-CTS-473.regGroup.1/63_CTS_473_fra.pdf.

- 10 Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Abolishing Slavery and its Contemporary Forms*, HR/PUB/02/4, United Nations, 2002. Available at: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/slaveryen.pdf>.
- 11 Slavery Convention. League of Nations, signed at Geneva on 25 September 1926. Available at: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/SlaveryConvention.aspx>.
- 12 See: 1815 Declaration relative to the Universal Abolition of the Slave Trade; 1904 International Agreement for the Suppression of the White Slave Traffic; 1910 International Convention for the Suppression of the “White Slave Traffic”; 1921 League of Nations International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children; 1926 League of Nations Slavery Convention; 1933 League of Nations International Convention for the Suppression of the Traffic in Women of Full Age; 1949 United Nations Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others; OHCHR, *Abolishing Slavery and its Contemporary Forms*, *supra* note 11, para. 5.
- 13 Human Rights Committee, *General Comment 24 (52), reservations to the ICCPR*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6 (1994), para. 8; OHCHR, *Abolishing Slavery and its Contemporary Forms*, *supra* note 10, para. 6; Cherif Bassiouni, “*Enslavement as an International Crime*”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 23, 1991, p. 445; *Yearbook of the International Law Commission* 1963, vol. II, United Nations sales publication No. 63.V.2,

International Court of Justice has also identified protection from slavery as one example of the obligation *erga omnes* “in view of the importance of the rights involved.”¹⁴

Among the instruments that prohibit slavery and slavery-related practices are the following: the Universal Declaration of Human Rights (Art. 4); the International Covenant on Civil and Political Rights (Art. 8); the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Art. 6); the Rome Statute of the International Criminal Court (Art. 7); and, most recently, the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (“Trafficking Protocol”), which typifies one of the most prominent slavery-related practices: human trafficking.

b) “Trafficking Protocol”

While a wide variety of international legal instruments contain standards and practical measures to combat slavery and slavery-related practices, the Trafficking Protocol, also known as the “Palermo Protocol,” is the universal instrument that addresses issues of human trafficking. The purposes of the Protocol are to prevent and combat trafficking in persons; to protect and assist the victims of such trafficking, with full respect for their human rights, and to promote cooperation among States Parties in order to meet those objectives.¹⁵

pp. 198-199; A. Yasmine Rassam, “Contemporary Forms of Slavery and the Evolution of the Prohibition of Slavery and the Slave Trade Under Customary International Law”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 39, 1999, p. 303.

14 ICJ, *Barcelona Traction, Light and Power Co, Ltd. (Belgium v. Spain)*, Judgment of 5 February 1971, p. 32.

15 Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially

The Trafficking Protocol, which was adopted on November 15, 2000 during the United Nations General Assembly's fifty-fifth session, entered into force on December 25, 2003. At present, 169 States are party to it.¹⁶ All 35 OAS Member States have ratified the Trafficking Protocol.¹⁷

The Protocol provides the first clear definition of trafficking in international law.¹⁸ Article 3(a) defines trafficking in persons as:

the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a

Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. Adopted by General Assembly resolution 55/25 of 15 November 2000, Official Records of the General Assembly, Fifty-fifth Session, Supplement No. 49 (A/45/49), vol. I, article 2.

16 UN, Databases, Treaty Collection, Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. Available at: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&lang=en.

17 Antigua and Barbuda (17 Feb 2010), Argentina (19 Nov 2002), Bahamas (26 Sep 2008), Barbados (11 Nov 2014), Belize (26 Sep 2003), Bolivia (18 May 2006), Brazil (29 Jan 2004), Canada (13 May 2002), Chile (29 Nov 2004), Colombia (4 Aug 2004), Costa Rica (9 Sep 2003), Cuba (20 Jun 2013), Dominica (17 May 2013), Dominican Republic (5 Feb 2008), Ecuador (17 Sep 2002), El Salvador (18 Mar 2004), Grenada (21 May 2004), Guatemala (1 Apr 2004), Guyana (14 Sep 2004), Haiti (19 Apr 2011), Honduras (1 Apr 2008), Jamaica (29 Sep 2003), Mexico (4 Mar 2003), Nicaragua (12 Oct 2004), Panama (18 Aug 2004), Paraguay (22 Sep 2004), Peru (23 Jan 2002), Saint Kitts and Nevis (21 May 2004), Saint Lucia (16 Jul 2013), Saint Vincent and the Grenadines (29 Oct 2010), Suriname (25 May 2007), Trinidad and Tobago (6 Nov 2007), United States of America (3 Nov 2005), Uruguay (4 Mar 2005), and Venezuela (13 May 2002).

18 OHCHR, *Abolishing Slavery and its Contemporary Forms*, *supra* note 11, para. 61.

person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs.

This definition highlights the three constitutive elements of human trafficking: 1) the act, 2) the means used to commit the act, and 3) the motive:

- 1) The act: the recruitment, transportation, transfer, harbouring, or receipt of persons;
- 2) The means: by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power, or of a position of vulnerability, or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person; and
- 3) The motive: for the purpose of exploitation.

The Trafficking Protocol also provides that the consent of a victim of trafficking in persons to the intended exploitation set forth in Article 3(a) is irrelevant where any of the means set forth in that article have been used. As for trafficking in children, the Protocol states that the recruitment, transportation, transfer, harbouring, or receipt of a child for the purpose of exploitation shall be considered “trafficking in persons,” even if none of the means set forth in Article 3(a) are involved.¹⁹

19 Trafficking Protocol, *supra* note 16, Article 3.

c) Human trafficking and smuggling of migrants

When dealing with trafficking in persons it is always necessary to address the difference between human trafficking and the smuggling of migrants; the misconception between these two concepts prevents them from being properly identified and thus from combating them properly.

As already explained, trafficking in persons entails the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the use of force, deception, or other means, for the purpose of exploitation. For its part, the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air defines “smuggling of migrants” as the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident.²⁰

Therefore, the smuggling of migrants purely relates to the facilitation of the irregular or illegal entry of a person into a State of which the person is not a national or is authorized to enter, while human trafficking, independent of whether the person enters a State without authorization or not, entails elements of coercion, physical or mental violence, and the person’s movement serves to the purpose of exploitation. The smuggling of migrants is a violation of a country’s immigration laws, while human trafficking constitutes a multiple and continuous violation of a person’s human rights.

It is, therefore, important to note that migrants seeking to enter a country without authorization are particularly vulnerable

20 Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, Article 3.

to exploitation. It is increasingly common for a person, after receiving the assistance of a smuggler in illegally entering a new country, to be forced into an exploitative relationship, thus becoming a victim of human trafficking.²¹ Thus, the fact that a person has entered a country legally or illegally is not relevant to determine his or her condition as victim of trafficking.

2. Article 6 of the American Convention on Human Rights and its application by the Inter-American System

Article 6 of the Convention establishes the right to be free from slavery in the following terms:

Article 6. Freedom from Slavery

1. No one shall be subject to slavery or to involuntary servitude, which are prohibited in all their forms, as are the slave trade and traffic in women.
2. No one shall be required to perform forced or compulsory labor. This provision shall not be interpreted to mean that, in those countries in which the penalty established for certain crimes is deprivation of liberty at forced labor, the carrying out of such a sentence imposed by a competent court is prohibited. Forced labor shall not adversely affect the dignity or the physical or intellectual capacity of the prisoner. (...).

As noted, Article 6.1 contains an absolute prohibition of slavery, servitude, trafficking in women and slaves in all its forms.

21 OHCHR, *Abolishing Slavery and its Contemporary Forms*, *supra* note 11, para. 57.

Article 27.2 of the Convention establishes that the prohibition on slavery and servitude is one of those fundamental human rights that cannot be suspended by States in “time of war, public danger, or other emergency that threatens the independence or security of a State Party.”²²

The Inter-American Commission has understood that the provisions of Article 6 of the Convention must be interpreted in relation to the definition of trafficking in persons that appears in Article 3(a) of the Trafficking Protocol.²³ Likewise, the Inter-American Court has noted that, in order to define people trafficking, it is relevant to consult Article 3 of the Trafficking Protocol.²⁴

It is important to note that neither the Commission nor the Inter-American Court can declare a direct violation of the Trafficking Protocol, as this instrument does not give them jurisdiction to do so. They are, however, able to make an evolutionary interpretation of the scope of Article 6.1 of the American Convention in line with the Trafficking Protocol.

The Court has indicated that human rights treaties are living instruments whose interpretation must take into consideration changes over time and current conditions. This evolutionary interpretation is consequent with the general rules of interpretation embodied in Article 29 of the American Convention and in those established in the Vienna Convention on the Law of Treaties.²⁵ In this regard, the Court has affirmed

22 IACHR, *Captive Communities: Situation of the Guaraní Indigenous People and Contemporary Forms of Slavery in the Bolivian Chaco*, supra note 8, para. 55.

23 IACHR, *Human rights of migrants (...) Mexico*, supra note 7, supra note 8, para. 349.

24 I/A Court H.R., *Advisory Opinion OC-21/14*, supra note 8, footnote 155.

25 I/A Court H.R., *Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*.

that the interpretation of a treaty must take into account not only the agreements and instruments related to the treaty, but also the system of which it is part.²⁶

For example, when examining the scope of Article 6.2 of the Convention in the *Case of the Ituango Massacres v. Colombia*, the Court found it useful and appropriate to use international treaties, other than the American Convention, such as the International Labour Organization Convention No. 29 concerning Forced Labour, to interpret its provisions in keeping with the evolution of the Inter-American System, taking into consideration the developments on this issue in international human rights law.²⁷

Similarly, in the *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, the European Court of Human Rights concluded that trafficking itself, within the meaning of Article 3(a) of the Trafficking Protocol and Article 4(a) of the Anti-Trafficking Convention, fell within the scope of Article 4 of the European Convention for the

Merits, Reparations and Costs. Judgment of March 29, 2006. Series C No. 146, para. 117; *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the due Process of Law*. Advisory Opinion OC-16/99 of October 1, 1999. Series A No.16, para. 114; *Case of the Indigenous Community Yakye Axa*. Judgment June 17, 2005. Series C No. 125, para. 125; and *Case of the Gómez Paquiyauri Brothers*. Judgment of July 8, 2004. Series C No. 110, para. 165.

26 I/A Court H.R., *Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, supra note 26, para. 126; *Case of Tibi v. Ecuador*. Judgment of September 7, 2004. Series C No. 114, para. 144; *Case of the Gómez Paquiyauri Brothers v. Peru*, supra note 26, para. 164; *The right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, supra note 26, para. 113.

27 I/A Court H.R., *Case of the Ituango Massacres v. Colombia*. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 1, 2006. Series C No. 148, para. 157.

Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.²⁸ Thus, as the Trafficking Protocol is the only international instrument that specifically addresses trafficking in persons, and has been ratified by all 35 OAS member States, there is no doubt that the Trafficking Protocol is the instrument to illustrate the content and scope of Article 6.1 of the American Convention.

The Inter-American System has interpreted the prohibition of slavery, servitude and human trafficking through its different mechanisms, such as country, thematic and annual reports, advisory opinions, and their case and petition system.²⁹

a) IACHR, Captive Communities: Situation of the Guaraní Indigenous People and Contemporary Forms of Slavery in the Bolivian Chaco

In 2009, the Inter-American Commission issued a thematic report on the *Captive Communities: Situation of the Guaraní Indigenous People and Contemporary Forms of Slavery in the Bolivian Chaco* in which it analyzed the situation of the Guaraní indigenous people in the region known as the Bolivian Chaco, focusing particularly on the situation of Guaraní families subjected to conditions of debt bondage and forced labor. The Commission referred to that phenomenon as “captive communities,” as it involved approximately 600 families who

28 Eur.C.H.R., *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, Application no. 25965/04, Final Judgment of 10 May 210, para. 282.

29 See: IACHR, *Captive Communities: Situation of the Guaraní Indigenous People and Contemporary Forms of Slavery in the Bolivian Chaco*, supra note 8; IACHR, *Human Rights of Migrants (...) Mexico*, supra note 8; I/A Court H.R., *Case of the Hacienda Brasil Verde Workers v. Brazil*, supra note 8; I/A Court H.R., *Advisory Opinion OC-21/14*, supra note 8; I/A Court H.R., *Case of Ramírez Escobar et al. v. Guatemala*, supra note 8.

lived in what amounts to contemporary forms of slavery.³⁰ Before issuing this thematic report, the IACHR had noted this situation in its 2007 country report on Bolivia.³¹

During its June 2008 visit, the Commission found “the existence of debt bondage and forced labor, which are practices that constitute contemporary forms of slavery. Guaraní families and communities clearly are subjected to a labor regime in which they do not have the right to define the conditions of employment, such as the working hours and wages; they work excessive hours for meager pay, in violation of the domestic labor laws; and they live under the threat of violence, which also leads to a situation of fear and absolute dependency on the employer.”³²

The Commission stated that slavery, bondage and forced labor often entail violations of other fundamental human rights under the American Convention and under instruments of the universal system of human rights, such as the right of all persons to liberty, not to be subjected to cruel, inhuman, or degrading treatment, freedom of movement, the right of access to justice, freedom of expression, and freedom of association and identity.³³ It also declared that, as these conditions continue to exist within the Guaraní families and communities, Bolivia is in breach of the American Convention, for they entail a violation on the prohibition of slavery and servitude (Article 6).³⁴

30 IACHR, *Captive Communities: Situation of the Guaraní Indigenous People and Contemporary Forms of Slavery in the Bolivian Chaco*, *supra* note 8, para. 1.

31 IACHR, *Access to justice and social inclusion: the road towards strengthening democracy in Bolivia*, Chapter IV.D: *Situation of forced labor, bondage and slavery*. OEA/Ser.L/V/II, doc. 34, 28 June 2007 Available at: <http://cidh.org/countryrep/Bolivia2007eng/Bolivia07cap4.eng.htm#D.Situation>.

32 IACHR, *Captive Communities: Situation of the Guaraní Indigenous People and Contemporary Forms of Slavery in the Bolivian Chaco*, *supra* note 8, para. 166.

33 *Ibidem*, para. 58.

34 *Ibidem*, para. 167.

b) IACHR, human rights of migrants and others in the context of human mobility in Mexico

In its 2013 report on *Human Rights of Migrants and Other Persons in the Context of Human Mobility in Mexico*, the Commission analyzed the various situations that affect the human rights of migrants, asylum seekers, refugees, victims of human trafficking and the internally displaced in Mexico.³⁵

During its visit to Mexico, the IACHR delegation received information on how migrants crossing Mexico's southern border include women who have been lured there by deception or false promises of work or marriage and are then forced to work as prostitutes in bordellos, bars, and dumps because they do not have economic resources or are victims of human trafficking.³⁶ The IACHR Rapporteurship on the Rights of Migrants received information on migrant women whose *coyotes*, *polleros*, or kidnappers sell them to other organized crime groups, which then force the women into prostitution or to work as domestics in safe houses or other places where abducted migrants are held captive.³⁷ The IACHR delegation also learned of cases of trafficking in male and female children and adolescents for sexual exploitation, including infants.³⁸

The Commission noted that migrant women are not the only victims of human trafficking in Mexico. It received information about migrant men forced to work in various capacities for organized crime groups, as gunmen, to murder other migrants, or to move drugs toward the border with the United States.

35 *Ibidem*, para. 2.

36 IACHR, *Human Rights of Migrants (...) in Mexico*, *supra* note 8, para. 138.

37 *Ibidem*, para. 139.

38 *Ibidem*, para. 138.

Likewise, migrant boys and adolescent males are forced to work as lookouts for organized crime groups.³⁹

To get at the meaning of human trafficking within the Inter-American System, the Commission looked at the definition set out in the Trafficking Protocol and concluded that the provision in Article 6 of the American Convention must be interpreted in relation to the definition of trafficking in persons that appears in Article 3(a) of the Protocol.⁴⁰ The IACHR reiterated that trafficking in persons is a violation of multiple human rights and an offense to the dignity and integrity of its victims and asserted that human trafficking is particularly serious when it is part of a systematic pattern or a practice that is applied or tolerated by the State or its agents.⁴¹

c) I/A Court H.R., Case of the Hacienda Brasil Verde Workers v. Brazil

On March 6, 2015, the Commission filed an application with the Court in the case of the *Fazenda Brasil Verde Workers*, brought against Brazil. The case concerns forced labour and debt bondage on the *Fazenda Brasil Verde*, located in the northern sector of the State of Pará. The facts of the case are set against a backdrop in which tens of thousands of workers, primarily men of African descent between the ages of 15 and 40, are subjected to slave labour every year, a practice whose roots can be traced to a history of discrimination and exclusion.⁴²

³⁹ *Ibidem*, para. 141.

⁴⁰ *Ibidem*, paras. 347 and 349.

⁴¹ *Ibidem*, para. 351.

⁴² IACHR, *Fazenda Brasil Verde Workers v. Brazil*, Merits, Case 12.066, Report No. 169/11, November 3, 2011. Date of submission to the Court: March 6, 2015;

This case is of paramount importance as the IACHR singled out the elements that correspond to the contemporary concept of slavery, including debt bondage as a practice analogous to slavery: namely: i) a person pledges to provide his services as security for repayment of a debt but the services are not applied toward repayment of the debt; ii) the time of service is open-ended; iii) the nature of the services are not specified; iv) the person subjected to debt bondage lives on the property where he or she works; v) his or her movements are controlled; vi) measures are taken to prevent his or her escape; vii) methods of psychological control are used; viii) the individual cannot change his or her condition; and ix) he or she is subjected to cruel treatment and abuse.⁴³

In the case of the *Fazenda Brasil Verde Workers*, the IACHR found that the owner of the estate and the foremen had used the labourers as if they were their property.⁴⁴ It noted that “the facts of this case have constituted slavery -in its contemporary form of debt-bondage and forced labour. The facts indicated that the workers demonstrated the constitutive elements of slavery-related practices, such as the desire of the workers to leave the *fazenda*, the deception on the salary they would receive, the lack of payment or minimum payment, the lack of employment documents, the signing of blank documents, large debts with the owner of the property, the threats received in cases of attempts to escape, the prohibition of leaving the *fazenda* under duress, submission to cruel treatment, among others.”⁴⁵

IACHR, Press Release No. 45/15, “IACHR Takes Case Involving Brazil to the Inter-American Court,” May 7, 2015. Available at: http://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2015/045.asp.

43 IACHR, *Fazenda Brasil Verde Workers, Brazil*, *supra* note 43, para. 139.

44 *Ibidem*, para. 140.

45 *Ibidem*, para. 165.

For its part, the Inter-American Court, noting that this was the first contentious case related to Article 6.1, concluded that the workers rescued from the Hacienda Brazil Verde were in a situation of debt bondage and submission to forced labour, which considering that the specific characteristics of the 85 workers rescued on March 15, 2000 exceeded the extremes of debt bondage and forced labour and fell under the definition of slavery established by the Court, in particular the exercise of control as a manifestation of the right to property. In this regard, the Court found that: i) the workers were subject to the effective control of the *gatos*, managers, armed guards of the hacienda, and ultimately of its owner; ii) in such a way that it restricted their individual autonomy and freedom; iii) without their free consent; iv) through the use of threats, physical, and psychological violence, v) to exploit their forced labour under inhuman conditions. Also, the circumstances of the escape of Antônio Francisco da Silva and Gonçalo Luiz Furtado and the risks faced until they denounced what happened to the Federal Police demonstrate: vi) the vulnerability of workers and vii) the environment of coercion existing in said hacienda, which viii) did not allow them to change their situation and recover their freedom.⁴⁶ For all the above, the Court concluded that the situation verified in the Hacienda Brazil Verde in March 2000 represented a situation of slavery and declared that Brazil was internationally responsible for the violation of the right not to be subjected to slavery and human trafficking, established in Article 6.1 of the American Convention.

46 I/A Court H.R., *Case of the Hacienda Brasil Verde Workers v. Brazil*, *supra* note 8, para. 304.

**d) I/A Court H.R., Advisory Opinion OC-21/14:
Rights and guarantees of children in the context
of migration and/or in need of international
protection**

On two occasions the Inter-American Court has interpreted forced or compulsory labour within the scope of Article 6.2 of the American Convention, both in the context of forced labour by military or paramilitary groups when they carried out massacres. These are the *Case of the Río Negro Massacres v. Guatemala* and the *Case of the Ituango Massacres v. Colombia*, in both of which the Court declared a violation of Article 6.2 on the basis of the forced labour to which the victims were subject.⁴⁷

With regards to the interpretation and application of the concept of human trafficking in Article 6.1, the Court has only referred to it in its Advisory Opinion OC-21/14 on the rights and guarantees of children in the context of migration and/or in need of international protection. The Court noted that “in order to define people trafficking it is relevant to consult Article 3 of the Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children.”⁴⁸

The I/A Court highlighted the importance of the determination of whether the child is unaccompanied or separated as this situation exposes children to “various risks that affect their life, survival, and development such as trafficking for purposes of sexual or other exploitation or involvement in criminal activities which could result in harm to the child, or in extreme cases, in

47 Cf. I/A Court H.R., *Case of the Río Negro Massacres v. Guatemala*. Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of September 4, 2012. Series C No. 250; I/A Court H.R., *Case of the Ituango Massacres v. Colombia*. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 1, 2006. Series C No. 148.

48 I/A Court H.R., *Advisory Opinion OC-21/14*, *supra* note 8, para. 90.

death,⁴⁹ especially in those countries or regions where organized crime is present.⁵⁰

The Court recognized that girls may be even more vulnerable to trafficking, especially for purposes of sexual and labor exploitation.⁵¹ For this reason, it stated that it is essential that States adopt all necessary measures to prevent and combat trafficking in persons including, above all, all those measures of investigation, protection of victims, and mass media campaigns.⁵²

The Court indicated that States have the obligation to adopt specific border control measures in order to prevent, detect and prosecute any type of trafficking of persons. To this end, they must have available specialized officials responsible for identifying all victims of trafficking in persons, paying special attention to women and/or child victims. The Inter-American Court also noted that in order to ensure adequate treatment of victims or potential victims of child trafficking, States must provide adequate training for those officials who work at the border, especially concerning matters relating to child trafficking, so as to be able to provide children with effective counseling and comprehensive assistance.⁵³

49 Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 6: Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin*, UN Doc. CRC/GC/2005/6, 1 September 2005, para. 23.

50 I/A Court H.R., *Advisory Opinion OC-21/14*, *supra* note 8, para. 90.

51 Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 6*, *supra* note 50, para. 50.

52 I/A Court H.R., *Advisory Opinion OC-21/14*, *supra* note 8, para. 91.

53 *Ibidem*, para. 92.

e) I/A Court H.R., Case of Ramírez Escobar et al. v. Guatemala

According to the Inter-American Court, “from the early 1990s until the end of the first decade of the 2000s, international adoptions represented a very lucrative business in Guatemala.”⁵⁴ The case of Ramírez Escobar et al. v. Guatemala took place in a context of “serious irregularities in the adoption processes of Guatemalan girls and boys, favored by an institutional weakness of the control bodies and a flexible and inadequate regulation that facilitated the formation of dedicated organized crime networks and structures to the ‘lucrative’ business of international adoptions.”⁵⁵

The case concerns Osmín Tobar Ramírez, aged seven, and JR, her younger sibling of a year and a half, who were separated from their family and interned at the *Los Niños de Guatemala Association* on January 9, 1997 after receiving an anonymous report that the children had been abandoned by their mother, Flor de María Ramírez Escobar. Despite the fact that the family filed several legal actions that were still pending a final decision, the Ramírez children were adopted by two different American families in June 1998.

This case is of paramount importance because, for the first time, the I/A Court recognized that “illegal adoption has been considered a form of exploitation, so that trafficking in persons for adoption purposes would not require a subsequent exploitation of the child, other than the adoption itself,” thus the Court considered that “illegal adoption can be one of the purposes of exploitation of trafficking in persons.”⁵⁶

54 I/A Court H. R., *Case of Ramírez Escobar et al. v. Guatemala*, *supra* note 8. Abstract.

55 *Ibidem*.

56 *Ibidem*, para. 314 and 315.

However, the Court held that the previous contextual indications were not sufficient to conclude that the irregular adoptions of the Ramírez children constituted trafficking in persons. The Court stated that it had not been proven that, in the specific case of the Ramírez children, they had been captured, transported, transferred, harboured, or received for the sole purpose of achieving their illegal adoption. Nor was it demonstrated that any of the parties involved in the abandonment or adoption proceedings, be it the judicial authorities, the officials of the Attorney General's Office, the members of the *Los Niños Association* or any other person who participated in any stage of the process, would have obtained economic benefits or some other form of undue retribution. Therefore, the Court concluded that it did not have sufficient elements to determine that Guatemala violated the prohibition of trafficking in persons, contemplated in Article 6.1 of the Convention.⁵⁷

3. The case of *Gelman v. Uruguay*: a case of human trafficking

After seeing how the Inter-American System has interpreted the scope of Article 6.1 of the American Convention, we will now analyse and demonstrate how the facts presented in the case of *Gelman v. Uruguay* constituted human trafficking. Neither the representatives of the victims, nor the Commission, nor the Court, argued or analysed the case from this perspective. We argue that the Inter-American Court should have determined and declared State responsibility under Article 6.1 of the Convention, as demonstrated below.

⁵⁷ *Ibidem*, para. 314 and 322.

The case of *Gelman v. Uruguay* was presented to the Court on January 21, 2010 by the Inter-American Commission and decided on February 24, 2011.

The facts relate to the forced disappearance of María Claudia García Iruretagoyena de Gelman in late 1976, subsequent to her detention in Buenos Aires, Argentina, during the advanced stages of her pregnancy. She was then transported to Uruguay where she gave birth to her daughter, who was then given to an Uruguayan family; actions which were committed by Uruguayan and Argentine State agents in the context of “*Operation Cóndor*.”⁵⁸

In this case, the Commission and the Court found violations of multiple rights contained in the American Convention, the American Declaration of the Rights and Duties of Man, the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons, the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, the Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence Against Women, to the detriment of Juan Gelman, María Claudia García de Gelman, María Macarena Gelman García, and their next of kin. For the purposes of our analysis, we will only focus on the facts and legal standards that relate to the State’s responsibility for the trafficking of María Claudia García de Gelman and her daughter María Macarena Gelman García.

58 I/A Court H.R., *Case Gelman v. Uruguay*. Merits and Reparations. Judgment of February 24, 2011 Series C No. 221, para 2.

a) The facts

The facts of the case occurred in the context of the systematic practice of arbitrary detention, torture, execution and forced disappearances perpetrated by the intelligence and security forces of the Uruguayan dictatorship in collaboration with Argentine authorities in their repression of and fight against individuals who were designated “subversive elements” in the setting of the national security doctrine and the Operation Condor.⁵⁹

The Court noted that, by 1977, collaborative operations were carried out by Paraguay, Argentina and Uruguay. At the end of that year, a second wave of coordinated repression by the armed forces of Argentina and Uruguay took place -operations that were directed, this time around, mostly at leftist groups that had links in both countries- wherein, again, there were transfers of prisoners by military planes of both countries and repeated exchanges of detainees, many of whom still remain disappeared. The clandestine operations often involved the kidnapping and abduction of infants, many of whom were newly-born or born in captivity,⁶⁰ who, after their parents were executed, were handed

59 Cf. *Case of Goiburú et al. V. Paraguay. Merits, Reparations and Costs*. Judgment of September 22, 2006. Series C No. 153, paras. 61.5 to 61.8; I/A Court H.R., *Case Gelman v. Uruguay*, *supra* note 54, para. 44.

60 Cf. United Nations, Human Rights Council, Mission to Argentina, A/HRC/10/9/Add.1, January 5, 2009, Report from the Working Group on Forced and Involuntary Disappearances, paragraph 10: “A specific phenomenon that occurred in the country during the military dictatorship from 1976 to 1983 in Argentina was the disappearance of children, and of children born in captivity. Children were abducted, stripped of their identity and taken from their families. There was also a frequent abduction of children by military leaders who brought the children into their family as children”; Historical Investigation on Disappeared Prisoners, in compliance with Article 4° of Law 15.848, *supra* note 23, Tome I, p. 22; Oral Tribunal on Federal Criminal Matters no. 6 of the Federal Capital, Buenos Aires, Argentina, Claim no. 1278

over to military or police families.⁶¹

Argentine jurisprudence has signaled in a number of decisions that, during the self-denominated period of National Reorganization, children were publicly and notoriously abducted from the custody of their parents. Pregnant women detained in this context of counterinsurgency were left alive until they had given birth, their children then abducted, while, in many cases, the children were handed over to families of military and police officers after their parents were disappeared or executed.⁶²

captioned “REI, Víctor Enrique s/abduction of minors under ten years of age,” available at <http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/rei1.html>; IACHR, Report on the human rights situation in Argentina, OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, April 11, 1980, Recommendations of the IACHR to the Government of Argentina, I.b); Federal Court No 4, Secretary No 7. Federal Chamber on Criminal and Correctional Matters, Chamber II, Argentina, Claim 17.890 “Del Cerro J. A. s/queja”, November 9, 2001, available at http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/investig/menores/fallos2_069.htm; United Nations, Human Rights Commission. Question of human rights of all persons under any form of detention or imprisonment and in particular: a question of disappeared persons whose whereabouts are unknown. Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances of January 22, 1981, E/CN.4/1435, paras.170 and 171.

61 I/A Court H.R., *Case Gelman v. Uruguay*, *supra* note 59, paras. 59 and 60.

62 I/A Court H.R., *Case Gelman v. Uruguay*, *supra* note 59, para. 61.

It was noted by the Court that the politics of “abduction of minors” took place in the following stages: a) the children were abducted “from their parents when they could be suspected of having ties to subversive or dissident politicians of the de facto regime, pursuant to the intelligence reports, or were abducted during the clandestine detention of their mother”; b) later they were taken to “places situated within the grounds of the armed force, or under their control”; c) the “abducted minors were given to members of the armed or security forces, or to third parties, with the intention that they be remain hidden from their legitimate guardians”; d) “in the framework of the ordered abductions, and with the intention of hindering the reestablishment of the family bond, the civil status of the children was suppressed, registering them as children of those who had them or were hiding them”; and e) “false information was stated in the documents and birth certificates of the minors to accredit their identities.”⁶³

With regards to this practice, the Inter-American Court concluded that “the results achieved by the illegal kidnapping and abductions, these could correspond a) **to a form of trafficking for the irregular adoption of children**, b) to a form of punishment for their parents or grandparents due to an ideology that opposed the authoritarian regime or, c) a deeper, ideological motivation, in relation to a willingness to forcefully transfer the children of members of opposition groups, in that way avoiding that the families of the disappeared persons could develop “potentially subversive elements.”⁶⁴

63 I/A Court H.R., *Case Gelman v. Uruguay*, *supra* note 59, para. 62.

64 I/A Court H.R., *Case Gelman v. Uruguay*, *supra* note 59, para. 63; IACHR, Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights, OEA / Ser. L/V/II.74, Doc 10 rev. 1, September 16, 1988, Chapter V.

María Claudia García de Gelman⁶⁵ was married to Marcelo Ariel Gelman Schubaroff and was 19 years old and in an advanced state of pregnancy (around 7 months) when she was deprived of her liberty. She was detained on August 24, 1976 with her husband, her sister-in-law and a friend, at their home in Buenos Aires, by “Uruguayan and Argentine military commandos.” María Claudia García and Marcelo Gelman were transferred to the clandestine detention center known as “Automotives Orletti” in Buenos Aires, where they remained together for some days but were subsequently separated.

María Claudia García was secretly transferred to Montevideo by Uruguayan authorities during the first days of October 1976, in an advanced state of pregnancy, and was placed in the headquarters of the Defense Information Service of Uruguay, located in Montevideo. In late October or early November, she was transferred to the Military Hospital, where she gave birth to a baby girl.

After the birth, mother and daughter were returned to the Defense Information Service of Uruguay and held in a room on the ground floor. María Claudia García’s newborn daughter was abducted from her and removed from the clandestine detention center towards the end of December 1976. After the birth of María Macarena Gelman García, María Claudia García was killed.

65 I/A Court H.R., *Case Gelman v. Uruguay*, *supra* note 59, paras. 79-90.

On January 14, 1977, María Macarena Gelman García⁶⁶ was placed in a basket and left on the doorstep of the family of Uruguayan police officer Ángel Tauriño, in Montevideo, with a note indicating that the baby girl had been born on November 1, 1976 and that her mother could not care for her. Ángel Tauriño and his wife, who had no children, picked up the basket and kept the baby girl. They registered her as their own daughter two years later and baptized her as María Macarena Tauriño Vivian.

b) Identification of the constitutive elements of human trafficking

The manner in which María Claudia García was deprived of her liberty during the advanced stages of her pregnancy, kidnapped in Buenos Aires by Argentine forces and Uruguayan authorities in a context of illegal detentions in clandestine centers, subsequently transported to Montevideo under “Operation Condor” and her baby girl abducted from her and given to members of security forces, constituted a violation of Article 6.1 of the Convention that can be understood from the complex violation of rights that is human trafficking.

As held by the Inter-American Commission⁶⁷ and the Court,⁶⁸ the provisions in Article 6.1 of the American Convention must be interpreted in relation to the definition of trafficking in persons under Article 3(a) of the Trafficking Protocol. As such, the constitutive elements of human trafficking are: 1) the act of recruitment, transportation, transfer, harbouring, or receipt of persons, 2) the means used to commit the act, by threat or use

66 I/A Court H.R., *Case Gelman v. Uruguay*, *supra* note 59, paras. 106-116.

67 IACHR, *Human rights of migrants (...) in Mexico*, *supra* note 8, para. 349.

68 I/A Court H.R., *Advisory Opinion OC-21/14*, *supra* note 8, footnote 155.

of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability; and 3) the motive, that is the purpose of exploitation.

Both Maria Claudia García and her daughter Maria Macarena Gelman were victims of human trafficking in light of the kidnapping, transference and detention while pregnant of Maria Claudia, and the posterior abduction and irregular adoption of Maria Macarena.

1) The act: transfer of María Claudia and María Macarena

María Claudia was kidnapped in Buenos Aires by Argentine forces as consequence of a police and military intelligence operation, planned and executed in a clandestine manner by the Argentine security forces with the close collaboration of the Uruguayan security forces, consistent with the *modus operandi* of such acts in the context of Operation Condor, on the basis of the “national security doctrine.”

As noted by the Court, the transference of María Claudia from Argentina to Uruguay was intended to remove her from the protection of the law in both States, in both her stay in clandestine detention centers and the fact that she was forced to leave her country without any immigration controls, thereby annulling her juridical personality, denying her existence, and leaving her in a sort of legal limbo or situation of legal uncertainty before society and the State.⁶⁹

69 I/A Court H.R., *Case Gelman v. Uruguay*, *supra* note 59, para. 93.

As for María Macarena, she was abducted a few days after being born in captivity and subsequently withheld and separated from her mother just a few weeks after being born, her identity suppressed upon being handed over to a family that was not her own. Specifically, in the early childhood years of María Macarena there was an illegal interference by the State by transferring her from her biological family and making it impossible or difficult for her to stay with her family nucleus and to establish a relationship with them.⁷⁰

2) The means: abduction of María Claudia and María Macarena

In both cases, the means used to commit the act of transferring María Claudia and María Macarena was abduction.

The manner in which María Claudia was deprived of her liberty during the advanced stages of her pregnancy, kidnapped in Buenos Aires by Argentine forces and Uruguayan authorities in a context of illegal detentions in clandestine centers, and subsequently transported to Montevideo under the “Operation Condor,” demonstrate she was abducted and deprived of liberty by clearly illegal means.

In the case of María Macarena, it is important to note the conclusions of the Commission in a study presented in 1988 about the “situation of minor children of disappeared persons who were separated from their parents and are claimed by members of their legitimate families.”⁷¹ The focus of the study was the situation in which children were direct victims and specific “targets” of the

70 I/A Court H.R., *Case Gelman v. Uruguay*, *supra* note 59, para. 126.

71 IACHR, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1988*, *supra* note 65.

repressive action, even though their kidnapping and theft was meant primarily to punish their parents or grandparents. This is the case when minors and infants are kidnapped with their parents, or they are born during the captivity of their mothers.

The Commission explained how the majority of these cases have taken place mostly in Argentina, during the counter-insurgency campaign called the “dirty war,” under the military dictatorship that ruled that country between 1976 and 1983. In some cases, the kidnapping of children was done with the complicity of security forces of more than one country, either in the clandestine transportation of children across borders or in the irregular and unlawful protection afforded in other countries to those who took the children away in order to evade justice. In a very high number of cases, children were taken away from their parents to be given in irregular adoption to other families.

María Macarena was one of those children who was abducted by State agents in order to be illegitimately delivered and raised by another family by means of an irregular adoption. In this sense, UNICEF has recognized that irregular intercountry adoption has been noted as an end activity in child trafficking. UNICEF established that young children and babies are said to be trafficked in certain cases of irregular intercountry adoption when national or international norms governing adoption are not respected.⁷²

72 United Nations Children’s Fund (UNICEF), *Reference Guide on protecting the rights of child victims of trafficking in Europe: Chapter 2 Essential Information about Child Trafficking*. Geneva, 2006. Available at: http://www.unicef.org/ceecis/UNICEF_Child_Trafficking_low.pdf

3) The motive: exploitation of María Claudia and María Macarena

As explained by the Court, the state of the pregnancy of María Claudia when detained constituted a condition of particular vulnerability, reason for which—in her case—there was differential treatment. In Argentina, she had been separated from her husband and later transported to Uruguay. Subsequently, she was retained in a clandestine center of detention and torture where she was given differential treatment in regard to other detainees.

The Court recognized that **“her unlawful detention, her transfer to Uruguay, and her possible enforced disappearance, was for the use of her body in order to give birth, and for her daughter to be breastfeed, who was given to another family after being abducted and her identity substituted for another.** The foregoing is even more serious if one considers, as indicated, that her case took place in a context of disappearances of pregnant women and illegal abductions of children in the framework of Operation Condor.”⁷³ There is no doubt that birth-families are exploited when their children are abducted for someone else’s gain.

73 I/A Court H.R., *Case Gelman v. Uruguay*, *supra* note 59, para. 97.

Likewise, the abduction of children by State agents in order for them to be illegitimately delivered and raised by another family, modifying their identity and not informing their biological family about their whereabouts, constitutes a complex act that involves a series of illegal actions and violations of rights to conceal the facts and impede the restoration of the relationship of minors and their family members.⁷⁴ As stated by the Inter-American Commission, one of the purposes of this deliberate policy is, without a doubt, trafficking in irregular adoptions by taking advantage of the impunity created by the very method of forced disappearance of persons.⁷⁵

In the case of María Macarena, she was born in captivity and physically retained by State agents, without the consent of her parents, in order to be illegitimately delivered and raised by another family, depriving her of her right to a nationality, a name, an identity, and family relationships, among many others.

c) State responsibility

As part of their obligations, States must prevent, investigate and punish all violations of the rights recognized in the Convention and seek, in addition, the reestablishment, if possible, of the violated right and, where necessary, repair the damage caused by the violation of human rights.⁷⁶

74 I/A Court H.R., *Case Gelman v. Uruguay*, *supra* note 59, para. 120.

75 IACHR, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1988*, *supra* note 65.

76 I/A Court H.R., *Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Reparations and Costs. Judgment of July 21, 1989. Series C No. 7, para. 166; *Case of Garibaldi V. Brazil*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 23, 2009. Series C No. 203, para. 112.

More specifically, the Court has understood that the obligation to investigate cases of violations of the rights to life, personal integrity, personal liberty and the prohibition of slavery, servitude and trafficking in persons arises from the general obligation to guarantee under Article 1.1, together with the substantive right that must be protected or ensured.⁷⁷

The Commission has indicated that trafficking in persons is a violation of multiple human rights and an offense to the dignity and integrity of its victims. It remains a continuing violation until such time as the victim is free. The means through which human trafficking is perpetrated leave the victim utterly defenseless, which leads to other related violations. The IACHR affirmed that human trafficking is particularly serious when it is part of a systematic pattern or a practice that is applied or tolerated by the State or its agents.⁷⁸

The European Court of Human Rights has understood that, in light of the Trafficking Protocol, in order to comply with its obligations States are required to put in place a legislative and administrative framework to prohibit and punish trafficking, highlighting the need for a comprehensive approach to combat trafficking that includes measures to prevent trafficking and to protect victims, in addition to measures to punish traffickers.⁷⁹

77 I/A Court H.R., *Case of the Pueblo Bello Massacre v. Colombia*, Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 15, 2005. Series C No. 140, para. 142; *Case of Heliodoro Portugal v. Panama*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of August 12, 2008. Series C No. 186, para. 115; and *Case of Perozo et al. v. Venezuela*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of January 28, 2009. Series C No. 195, para. 298.

78 IACHR, *Human rights of migrants (...) in Mexico*, *supra* note 8, para. 351.

79 Eur.C.H.R., *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, *supra* note 29, para. 285.

The preparation and execution of the arrest and subsequent disappearance of María Claudia García, as well as the abduction and irregular adoption of her daughter María Macarena Gelman, could not have been perpetrated without the knowledge or higher orders of the military, police and intelligence headquarters at the time, or without the collaboration, acquiescence, or tolerance, manifested in various actions, carried out in a coordinated or concatenated manner, by members of the security forces and intelligence services (and even diplomats) of the States involved.⁸⁰

The trafficking of María Claudia García and María Macarena Gelman constitutes, due to the nature of the infringed rights, a violation of *jus cogens*, especially serious because it occurred in the context of a systematic practice of “State-sponsored terrorism” at an inter-state level.⁸¹

State agents not only grossly failed in their obligation to prevent and protect against violations of the rights of María Claudia García and María Macarena Gelman, enshrined in Articles 6.1 and 1.1 of the American Convention, but also because they used the official investiture and resources provided by the State to commit the violations, thus compromising the State’s responsibility.

As with forced disappearance, human trafficking is a serious, multiple and continuous human rights violation that continues until the person is free⁸² or the State conducts an effective

80 I/A Court H.R., *Case Gelman v. Uruguay*, *supra* note 59, para. 100.

81 See *mutatis mutandi*, on enforced disappearance as *jus cogens*, I/A Court H.R., *Case Gelman v. Uruguay*, *supra* note 59, para. 99.

82 IACHR, *Human rights of migrants (...) in Mexico*, *supra* note 8, para. 351.

investigation into the trafficking allegations,⁸³ neither of which was carried out by the State, as concluded by the Court.⁸⁴

Given the facts established in the case, we consider that the Inter-American Court had the elements to find that Uruguay violated, to the detriment of María Claudia García Iruretagoyena de Gelman and María Macarena Gelman García, the right not to be subjected to human trafficking, enshrined in Article 6.1 (Freedom from Slavery) of the Convention, in relation to Article 1.1.

4. Conclusion

The Inter-American System has analysed the prohibition of slavery, servitude and human trafficking enshrined in Article 6 (Freedom from Slavery) of the American Convention, through its different mechanisms, such as country, thematic and annual reports, advisory opinions and the case and petition system.⁸⁵ Specifically with regards to human trafficking, the Inter-American Commission and the Court have held that the provision regarding trafficking in persons in Article 6.1 of the American Convention must be interpreted in relation to the definition set forth by Article 3(a) of the Trafficking Protocol.

83 Eur.C.H.R., *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, *supra* note 29, para. 300.

84 I/A Court H.R., *Case Gelman v. Uruguay*, *supra* note 59, paras. 241-246.

85 *See*: IACHR, *Captive Communities: Situation of the Guaraní Indigenous People and Contemporary Forms of Slavery in the Bolivian Chaco*, *supra* note 8; IACHR, *Human Rights of Migrants (...) in Mexico*, *supra* note 8; I/A Court H.R., *Case of the Hacienda Brasil Verde Workers v. Brazil*, *supra* note 8; I/A Court H.R., *Advisory Opinion OC-21/14*, *supra* note 8; I/A Court H.R., *Case of Ramírez Escobar et al. v. Guatemala*, *supra* note 8.

Although the Inter-American System has the legal framework to process and decide cases based on a State's failure to respect and guarantee the right not be subject to human trafficking, it has not yet decided a case declaring the violation of Article 6.1 of the American Convention on that basis

Even while neither the Commission nor the Court has declared it, we analysed and demonstrated how in *Gelman v. Uruguay* both María Claudia García Iruretagoyena de Gelman and her daughter María Macarena Gelman García were victims of human trafficking. The manner in which María Claudia was deprived of her liberty during the advanced stages of her pregnancy, kidnapped in Buenos Aires by Argentine forces and Uruguayan authorities in a context of illegal detentions in clandestine centers, subsequently transported to Montevideo under Operation Condor, and her daughter, María Macarena, abducted from her and given to members of security forces, certainly constituted a violation of Article 6.1 of the Convention that can only be understood from the complex violation of rights that is human trafficking.

El uso de la fuerza en la jurisprudencia de la Corte IDH: retos para una garantía adecuada de los derechos humanos

*Emilio G. Terán Andrade**

Introducción

Uno de los principales objetivos que tienen los Estados en los contextos nacional e internacional es el de la protección y garantía de los derechos de las personas, obligaciones que en el caso interamericano han sido plasmadas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana” o “el Pacto de San José”). Para su cumplimiento, el Estado utiliza todo su sistema público –funcionarios e instituciones– que lo representa en los diferentes litigios internacionales.

Además, el Estado tiene la facultad de aplicar la fuerza o coerción; esta, en algunos casos, le ha sido otorgada a las instituciones de seguridad –Fuerzas Armadas y Policía– de manera constitucional. El uso de tal facultad, históricamente

* Doctorando en Derechos Humanos, *Università Degli Studi di Palermo*, Italia, desde noviembre de 2016; doctorando en Derecho, Ciencia Política y Criminología, Universidad de Valencia, España, desde noviembre de 2017; máster en Derechos Humanos con mención en Políticas Públicas, Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador; máster en Criminología y Seguridad con especialización en Criminología Forense, Universidad de Valencia, España; máster en Gerencia y Liderazgo Educativo, Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador; abogado, Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador; licenciado en Ciencias Policiales, Universidad San Francisco de Quito, Ecuador.

ha originado conflictos por el empleo excesivo o indebido de la misma, debido a que el Estado tiene el monopolio de su aplicación; esto ha generado la atención internacional desde tres perspectivas: la primera es la regulatoria, en la cual organismos como Naciones Unidas han propuesto normas con la intención de regular su aplicación; asimismo, está la perspectiva judicial, en la cual los tribunales interamericano y europeo han emitido sentencias contra los Estados; finalmente está la jurisprudencial, que ha abierto la posibilidad de que estos acojan las sentencias para regularizar en unos casos o mejorar sus sistemas de control en el empleo de la fuerza.

Otro de los elementos importantes en el análisis del ejercicio de la coerción oficial, son los diferentes niveles que tiene el Estado para el acatamiento de los estándares internacionales de derechos humanos requeridos; si bien, en el primero se considera al mismo como el responsable de garantizarlos, en el segundo se debe tener en cuenta a las instituciones que son las herramientas para poder cumplir con dicha obligación; en un tercer nivel aparecen los funcionarios responsables de ejecutar directamente el uso de la fuerza.

Es con tales elementos que el presente estudio realiza una investigación de este último en el contexto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte IDH” o “el Tribunal Interamericano”), con el objetivo de proponer conceptos articulados referentes a la materia y generar una construcción crítica de los elementos necesarios para garantizar de manera adecuada la vigencia real de los derechos humanos.

El estudio se encuentra dividido en tres capítulos. En el primero se analiza la coerción estatal considerando sus instituciones, sus funcionarios y las sentencias que ha emitido la

Corte IDH, con el objetivo de tener una perspectiva multinivel y observar el grado de jurisprudencia que existe en el sistema interamericano. En el segundo capítulo se realiza un recorrido de los estándares internacionales y la jurisprudencia regional en torno dicho uso de la fuerza; finalmente, en el tercero se plantean unas conclusiones y un estudio sobre los retos que se han encontrado para garantizar –de manera efectiva– los derechos humanos cuando se deba emplear la fuerza.

I. El uso de la fuerza y las instituciones: análisis de las obligaciones del Estado y las sentencias de la Corte IDH

Una de las facultades estatales para poder mantener el orden público y garantizar los derechos de las personas es el uso de la fuerza; uso que, de acuerdo a las normas nacionales e internacionales, es monopolizado por el Estado. Dicho accionar está delegado a diferentes instituciones públicas, lo que ha llevado a la Corte IDH a plantearse algunos criterios sobre la idoneidad de las entidades encargadas de cumplir con tal misión.

La violación de derechos humanos a través del uso inadecuado de la fuerza ha generado demandas internacionales que han sido resultas en tribunales internacionales, como la Corte IDH y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “el TEDH”), los cuales han producido una interesante jurisprudencia en torno al tema; por esta razón, el presente capítulo tiene como objetivo evidenciar la problemática existente en las sentencias de la Corte IDH, además de proyectar un acercamiento al estudio del ejercicio de la coerción en el contexto de las obligaciones del Estado, sus instituciones y funcionarios.

El mismo se divide en dos partes. En la primera se aborda el uso de la fuerza en el contexto de las obligaciones estatales, para lo cual se consideran a las instituciones y los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (en adelante “los FEHCL”); estos últimos son “todos los agentes de la ley, ya sean nombrados o elegidos, que ejercen funciones de policía, especialmente las facultades de arresto o detención”. Así los define Naciones Unidas en el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (en adelante “el Código de Conducta”), adoptado por su Asamblea General en la resolución 34/169 del 17 de diciembre de 1979 según lo establecido en el comentario del artículo 1 de esta. En la segunda, se expone un análisis espacio-temporal de las sentencias emitidas por la Corte IDH relacionadas con la violación de derechos humanos cuando es aplicada la coerción estatal.

1. Obligaciones del Estado y el uso de la fuerza

En el sistema interamericano, sus Estados integrantes están impuestos a cumplir algunas obligaciones en lo relativo a la protección de los derechos de las personas; así, según la Convención Americana, los mismos se comprometieron 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”.¹ Si bien de la garantía se desprenden otras obligaciones² como es prevenir, investigar y sancionar, en

1 Organización de los Estados Americanos. “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, artículo 1, disponible en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

2 Sobre las obligaciones, se debe considerar el carácter negativo y positivo de las mismas. Como bien lo expone la Corte IDH “[l]a observancia del artículo 4,

muchas de las legislaciones de la región este tipo de acciones son trasladadas de manera directa a las entidades de seguridad pública, como es el caso de las instituciones policiales y las Fuerzas Armadas. Por ejemplo, en el Ecuador el artículo 163 de su Constitución indica que: “La Policía Nacional es una institución estatal de carácter civil, armada, técnica, jerarquizada, disciplinada, profesional y altamente especializada, cuya misión es atender la seguridad ciudadana y el orden público, y proteger el libre ejercicio de los derechos y la seguridad de las personas dentro del territorio nacional”; así, se determina la disposición específica de “proteger el libre ejercicio de los derechos y la seguridad de las personas”.³

Ahora bien, no solo las Fuerzas Armadas y la Policía son las encargadas de cumplir con las obligaciones que tienen los Estados frente a los derechos humanos. En sí, son todas las instituciones estatales y todos sus funcionarios los impuestos a cumplir con estas obligaciones. Bien lo ha indicado la Corte IDH cuando expone que las violaciones de los derechos humanos pueden ser atribuidas, “según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública”;⁴ es decir,

relacionado con el artículo 1.1 de la Convención Americana, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción”. Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 258, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_292_esp.pdf

3 Cfr. Asamblea Constituyente. *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial N° 449, Ecuador, 2008, artículo 163, disponible en https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-const.pdf

4 Corte IIDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), sentencia del 29 de julio de 1998, párr. 164, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

cualquier autoridad pública por acción u omisión puede cometer una violación de derechos humanos. Lo difícil se precisa en la facultad que otorga el Estado para ejercer la coerción que, como se ha indicado, es adjudicada a las Fuerzas Armadas y a la Policía.

a. La aplicación de la fuerza por parte de las instituciones estatales: Policía y Fuerzas Armadas

Resultaría interesante realizar un análisis de estas dos instituciones con la finalidad de determinar algunos parámetros de actuación, ya que *a priori* se pueden observar que existen varios temas de interés; pero para el presente estudio es más productivo hacer una exploración de la crítica efectuada por la Corte IDH, sobre la utilización de dichas entidades de seguridad en el mantenimiento del orden interno y su potestad de aplicar la fuerza coercitiva. La vinculación que tienen las mismas en la protección de los derechos de las personas, como es el caso del derecho a la vida, involucra de manera directa a las instituciones encargadas de la seguridad; es por eso que la Corte IDH ha indicado lo siguiente:

En consecuencia, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieren para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra el mismo. Esta protección activa del derecho a la vida por parte del Estado no sólo involucra a sus legisladores, sino a toda la institución estatal y a quienes deben resguardar la seguridad, sean estas sus fuerzas de policía o sus fuerzas armadas.⁵

5 Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros...*, párr. 259.

Es por eso que el análisis de la utilización de estas instituciones resulta interesante, de manera específica, para el presente estudio; pero también de manera general en el ámbito regional y universal, ya que estas son las encargadas de la protección de los derechos de las personas y ayudan a cumplir con las obligaciones de proteger –precisamente– y también de garantizar dichos derechos por parte de los Estados.

Han sido varios los argumentos con los cuales la Corte IDH ha logrado hacer manifiesta la incongruencia del actuar, en el ámbito de la seguridad ciudadana, por parte de las fuerzas militares y policiales; el principal tiene que ver con su capacitación y entrenamiento, exponiendo tácitamente que se debe “limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales”.⁶ Con este antecedente, los tipos de entrenamiento que expone la Corte IDH proponen una división de la relación que tienen las dos instituciones en las actividades asignadas en el Estado: por una parte, las Fuerzas Armadas que tienen como objetivo “derrotar enemigos” en el marco de sus tareas; por la otra están los entes policiales, encargados de la protección y el control de civiles en situaciones como los disturbios internos.

La jurisprudencia del Tribunal Interamericano ha acrecentado los argumentos; por ejemplo. En relación con el uso de la fuerza ha indicado que para ello las instituciones policiales deben cumplir con los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad, además del de excepcionalidad ya que la

6 Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 5 de julio del 2006, párr. 78, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_150_esp.pdf

coerción debe ser utilizada únicamente cuando sea estrictamente necesario; a diferencia de lo anterior, las Fuerzas Armadas tienen que acatar los principios de proporcionalidad, necesidad y humanidad los cuales son contextualizados así:

El principio de necesidad justifica sólo las medidas de violencia militar no prohibidas por el derecho internacional, que son relevantes y proporcionadas para garantizar el pronto sometimiento del enemigo con el menor gasto posible de recursos humanos y económicos. El principio de humanidad complementa y limita intrínsecamente el principio de necesidad, al prohibir las medidas de violencia que no son necesarias (es decir, relevantes y proporcionadas) para el logro de una ventaja militar definitiva.⁷

Con lo expuesto se evidencian tres diferencias específicas en relación con el escenario, el intervenido⁸ y el objeto del uso de la fuerza, las cuales se presentan a continuación:

Tabla 1: Análisis de las principales diferencias entre Fuerzas Armadas y fuerzas de policías

	Fuerzas Armadas	Fuerzas de policía
Escenario	Situación de guerra, conflicto armado interno o internacional, estado de excepción.	En disturbios internos, situaciones de paz internacional.
Intervenido	Enemigo	Civil
Objetivo	Ventaja militar	Proteger los derechos de las personas.

Fuente: Sentencias de la Corte IDH

Elaboración propia, 2019

7 Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 4 de julio del 2007, párr. 85, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_166_esp1.pdf

8 Intervenido, hace referencia a la persona que opone un nivel de resistencia; es decir, la persona a la cual los FEHCL aplican la verbalización o un nivel de fuerza.

Entonces, la Corte IDH ha expuesto que si bien no se puede prohibir el uso de las Fuerzas Armadas, su utilización debe tener un criterio de estricta excepcionalidad en el control de la criminalidad y de la violencia interna; en el caso *Cabrera García y Montiel Flores contra México*, “la Corte estableció que la intervención de fuerzas armadas en actividades de seguridad pública debe atender a criterios de estricta proporcionalidad, excepcionalidad y debida diligencia en la salvaguarda de las garantías convencionales, dado que el régimen propio de las fuerzas militares no se concilia con las funciones propias de las autoridades civiles”.⁹ En este contexto, las actividades específicas de las fuerzas de policía no son compatibles con las que deben desarrollar las fuerzas militares, por la construcción civil que tienen las primeras.

b. La doble condición de los FEHCL: la garantía de los derechos y su dualidad

Como bien se ha expuesto, el uso de la fuerza es una facultad que tienen los Estados con la finalidad de poder cumplir con sus obligaciones de protección y garantía de los derechos humanos; estas obligaciones han sido delegadas en varios países a sus instituciones policiales de manera constitucional. Por ejemplo, algunos como Perú reconocen que “[I]a Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad

9 Corte IIDH. *Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 de noviembre del 2018, párr. 180, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_370_esp.pdf

del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras”.¹⁰

Colombia promulga que “[l]a Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”.¹¹ Igual que los anteriores, en la región existen otros Estados que constitucionalmente han establecido el mismo concepto.¹² La función principal de las instituciones policiales en este tipo de contextos, propone el cuidado y la seguridad interna del Estado a través de la protección o garantía de los derechos de las personas.

Esta facultad que tienen los FEHCL es legítima, ya que “los Estados tienen la obligación de garantizar la seguridad y mantener el orden público dentro de su territorio y, por tanto, tienen el derecho de emplear legítimamente la fuerza para su restablecimiento de ser necesario. Si bien, los agentes estatales pueden recurrir al uso de la fuerza y en algunas circunstancias, se podría requerir incluso el uso de la fuerza letal [...]”.¹³ Con

10 Congreso Constituyente Democrático. “Constitución Política del Perú”, en *Compendio Normativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Perú, 2015, artículo 166, disponible en https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/Compendio_Normativo.pdf

11 Asamblea Nacional Constituyente. “Constitución Política de Colombia”, en *Normatividad*, Corte Constitucional, Edición especial, Bogotá, 2016, artículo 218, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

12 Para mayor información, revisar la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, artículo 251, y la Constitución Política de la República de Chile, artículo 90.

13 FEHCL: término usado para referirse “a todos los agentes de la ley, ya sean nombrados o elegidos, que ejercen funciones de policía, especialmente las facultades de arresto o detención”; esto está citado por Naciones Unidas en el Código de Conducta, adoptado por su Asamblea General en la resolución 34/169 del 17 de diciembre de 1979 (comentario del artículo 1).

esto, los FEHCL se convierten en protectores o garantes de los derechos de las personas, lo que se lo llamará condición oficial.

Es indiscutible que una violación de los derechos de las personas por parte de un funcionario público, en el contexto internacional es considerada una violación por parte de los Estados; más aún si, como se ha expuesto, la misión de las fuerzas policiales es proteger o garantizar dichos derechos, lo que es considerado un agravante en algunos ordenamientos penales. La condición que se ha identificado como oficial, porque se desprende de su misión institucional, propone un estatus primario que se cimenta en el hecho de ser persona¹⁴ y –desde esta perspectiva– como un ser sujeto de derechos; es decir, si bien se ha identificado una condición oficial que se fundamenta en la misión que tienen los FEHCL, esta tiene una condición primaria de sujetos de derechos por el hecho de ser personas.¹⁵

La Convención Americana establece, para sus Estados parte, el compromiso de “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.¹⁶ En este contexto, los FEHCL tienen una condición de garantes o protectores de los derechos humanos y sujetos de derechos por el mismo hecho de ser personas, condición que no puede ser violentada ya que deben ser respetados sus derechos sin discriminación alguna.

14 Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros...*, párr. 262.

15 La Convención Americana en su artículo 1, numeral 2, indica lo siguiente: “Para efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

16 Organización de los Estados Americanos. “Convención Americana sobre Derechos Humanos”..., artículo 1.

1. Análisis temporal-espacial de las sentencias de la Corte IDH sobre el uso de la fuerza

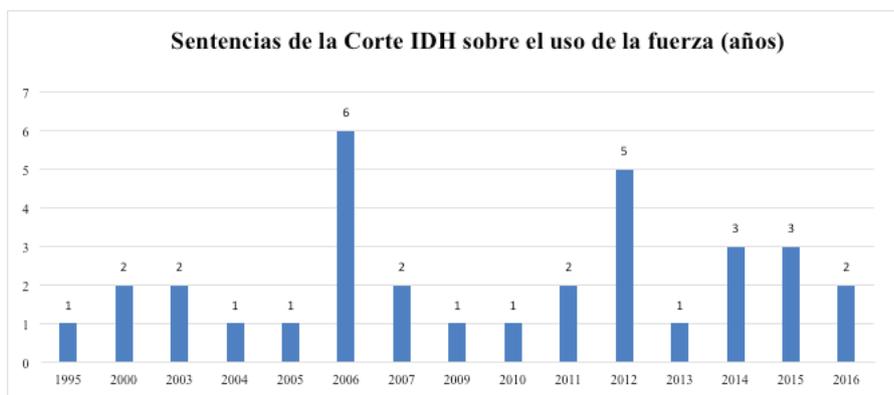
La relación que existe entre el uso de la fuerza y los derechos humanos es directa, ya que lo primero es uno de los medios por los cuales los FEHCL pueden cumplir con la garantía y protección de los derechos de las personas. Pero existe una línea muy delgada entre el nivel necesario y el uso excesivo o inadecuado de la fuerza, lo que ha propiciado varias violaciones de derechos humanos.

Para tener una idea de lo que ha sido históricamente la violación de los derechos humanos a causa del uso de la fuerza, a continuación se presenta un estudio espacio-temporal de las sentencias que ha emitido la Corte IDH al respecto. Si bien esto no representa una idea real sobre el número de eventos que ha existido en un determinado tiempo, país o en la región, se considera que puede servir para construir un argumento sobre la jurisprudencia que se ha trabajado en el sistema interamericano en torno al tema. En el presente análisis se tomaron en consideración 33 sentencias relativas a la aplicación de la fuerza,¹⁷ las cuales han sido obtenidas de la base de datos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, y serán examinadas a continuación.¹⁸

17 En el sitio electrónico de la Corte IIDH, se puede realizar un rastreo de las diferentes sentencias relacionadas con la aplicación de la fuerza por parte de los Estados que forman parte del sistema interamericano. Para mayor información sobre los casos que se tomaron en consideración a fin de realizar el presente análisis, se puede observar el anexo 1.

18 La base de datos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, está ligada de manera directa al sitio oficial de la Corte IDH a través del enlace <http://www.bjdh.org.mx/interamericano/busqueda>

Figura 1: Análisis de las sentencias de la Corte IDH sobre el uso de la fuerza, de acuerdo a los años



Fuente: Sentencias de la Corte IDH

Elaboración propia, 2019

Como lo muestra la figura anterior, en el 2006 y el 2012 se puede observar un despunte en las sentencias que ha emitido la Corte IDH lo que debía haber obligado a los países que pertenecen al sistema interamericano, a adecuar sus normas a las disposiciones que ha emitido la Corte IDH en sus sentencias. En este contexto, actualmente se puede advertir que en la mayoría de países de la región las normas y los convenios internacionales de derechos humanos así como las sentencias de organismos internacionales, tienen una aplicación directa; por ejemplo, en el Ecuador los tratados internacionales que este Estado ratifique “se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”.¹⁹

19 Asamblea Constituyente. Constitución de la República..., artículo 417.

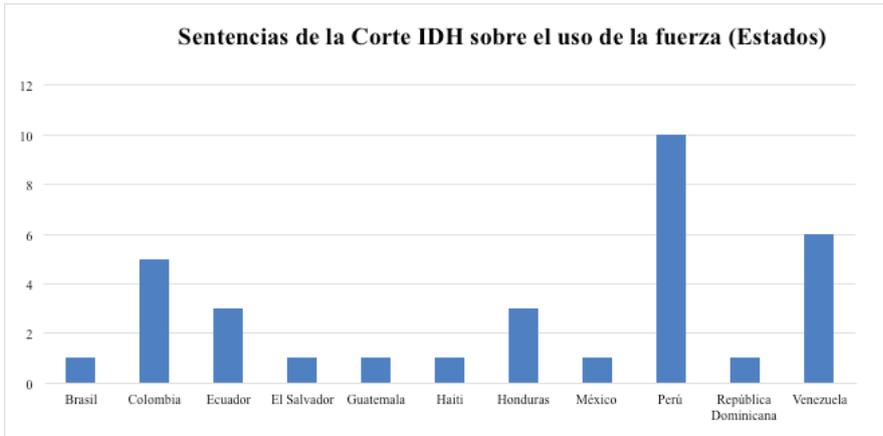
Actualmente, en este país existen cinco garantías jurisdiccionales: la acción de protección, la acción extraordinaria de protección, el *habeas corpus*, el *habeas data*, las acciones de acceso a la información pública y la acción por incumplimiento.

[E]sta última es la que guarda especial importancia para el presente trabajo académico, ya que tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de Derechos Humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008); el Estado ecuatoriano, a través de la actual Constitución, ha planteado una acción jurisdiccional específica, que reconoce la obligatoriedad del cumplimiento de las sentencias e informes del Sistema Interamericano como organismo internacional de protección de los derechos de las personas frente al poder estatal.²⁰

Es por lo expuesto, que el incremento de la jurisprudencia para los diferentes países tiene un especial interés de análisis y se muestra imperiosa la necesidad de realizar un estudio espacial sobre las sentencias de la Corte IDH, en el contexto del uso de la fuerza en cada uno de los Estados.

20 Terán Andrade, Emilio Gabriel. “Acciones del Departamento de Derechos Humanos de la Policía Nacional del Ecuador: Una respuesta a los procesos del sistema interamericano”, en *Voces de las Víctimas. En el marco de los derechos humanos y los tratados internacionales*, Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, Universidad Nacional de Chimborazo, 2016, segunda edición, (Riobamba: Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, 2016), Ecuador, 133-146, p. 140, disponible en <http://www.uam.edu.co/medellin/wp-content/uploads/2017/05/CARTILLA-VOCES-DE-LAS-VICTIMAS.pdf>

Figura 2: Análisis de las sentencias de la Corte IDH sobre el uso de la fuerza, de acuerdo a los Estados



Fuente: Sentencias de la Corte IDH

Elaboración propia, 2019

Por ejemplo, en la figura 2 se observa un incremento significativo que ha tenido Perú en relación con países como Bolivia, que no han tenido ninguna sentencia relativa al uso de la fuerza por parte del Estado, lo que en un primer contacto podría indicar que dicha práctica en estos países –como Perú– se tiene un sistema normativo más específico que en los otros; en este tema, la Corte IDH ha impulsado la obligación de que los Estados adecúen sus normas internas con las obligaciones internacionales asumidas que se encuentran establecidas en los convenios respectivos, exponiendo que:

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que u Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (“*principe allant de soi*”; *Echange des populations grecques et*

turques, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20). En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados.²¹

Es así que las sentencias de la Corte IDH tienen un vigor especial, ya que a través de su cumplimiento los Estados muestran su respeto en la responsabilidad que han adquirido con otros Estados; en este caso específico, el sistema interamericano propone varias obligaciones internacionales que se fundamentan en tratados conjuntos como la Convención Americana. Como bien lo ha expuesto la Corte IDH, esto es parte del “derecho de gentes”; cuando un Estado se ha comprometido, como es el caso de los que han aceptado la competencia de la Corte IDH, debe acoger las sentencias y cumplirlas en su totalidad.

II. Los estándares internacionales de derechos humanos y el uso de la fuerza: un análisis a partir de las sentencias de la Corte IDH

En las diferentes sentencias emitidas por la Corte IDH, uno de los principales instrumentos utilizado para sus análisis han sido los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (en adelante “los Principios básicos”);²² en este documento se exponen las obligaciones que deben cumplir los Estados y los

21 Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina* (Reparaciones y Costas), sentencia del 27 de agosto de 1998, párr. 68, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_39_esp.pdf

22 Los Principios básicos integran un documento adoptado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Cuba del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

FEHCL al momento de emplear la fuerza. La complejidad en el análisis sobre el uso de la misma ha propuesto la necesidad de que los estudios no se limiten únicamente a la observación de los Principios básicos, sino que se extienda a la exploración sobre la capacitación y los equipos de los FEHCL así como de las instituciones de seguridad.

Es por eso que el presente capítulo está dividido en tres partes. En la primera se analizan las instituciones de seguridad, los FEHCL y su papel en la aplicación de la fuerza; en la segunda, se ofrece un estudio acerca del uso de la fuerza, sus principios y los criterios sobre la resistencia; y, por último, en la tercera se citan las obligaciones que tienen los Estados cuando hacen uso de la fuerza.

1. Los estándares internacionales aplicados por la Corte IDH

Uno de los principales logros de la Corte IDH, como se ha observado en el análisis de sus sentencias, ha sido la construcción de jurisprudencia referente al uso de la fuerza. El estudio del tema ha mostrado que no existe un desarrollo significativo de las normas internacionales relativas al tema, lo que ha causado que los tribunales correspondientes no tengan mayores argumentos para construir una jurisprudencia que garantice con mayor precisión un estándar mínimo para la protección de los derechos; esto se ha evidenciado con la Corte IDH en la sentencia del caso Nadege Dorzame y otros contra Republica Dominicana, en la cual se afirma lo siguiente: “En este sentido, la Corte toma nota de los diversos instrumentos internacionales en la materia, y en particular de los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de

hacer cumplir la ley y del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”²³

Lo anterior no es diferente en otros tribunales de protección; por ejemplo, en su sentencia del *Case of Giuliani and Gaggio v. Italy*, el TEDH incluye de manera directa la siguiente cita: **“A. United Nations Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials. 154. The relevant parts of these principles (“the UN Principles”), which were adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, held in Havana (Cuba) from 27 August to 7 September 1990, provide as follows: [...]”**²⁴ Asimismo, se refiere a los Principios básicos 1, 2, 9, 10, 11, 18, 19 y 20 en dicho fallo; en este contexto, el TEDH se ha limitado a citarlos a diferencia de la Corte IDH que –además de estos– ha tomado en consideración al Código de Conducta.²⁵

La Corte IDH se ha caracterizado por ser uno de los tribunales con mayor progresividad en la protección de los derechos humanos, lo que ha propiciado que otros sistemas –como ocurre con el europeo– acojan jurisprudencia interamericana para aplicarla en el desarrollo de su labor; por eso, a continuación se realiza un análisis del uso de la fuerza considerando como punto de inicio la jurisprudencia del Tribunal Interamericano.

23 Corte IIDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de octubre de 2012, párr. 78, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf

24 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Giuliani y Gaggio vs. Italia*, sentencia del 24 de marzo de 2011, párr. 154, disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-104098%22%5D%7D>

25 El Código de Conducta fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 34/169 de diciembre de 1979; el documento tiene ocho artículos, los cuales han sido comentados por el mismo organismo.

2. El análisis del uso de la fuerza: “teoría tripartita” aplicada por la Corte IDH

Una de las cuestiones más complejas para el análisis en el contexto de los derechos humanos, es el estudio de la aplicación de la fuerza ya que “[s]i bien los agentes estatales pueden recurrir al uso de la fuerza y en algunas circunstancias, se podría requerir incluso el uso de la fuerza letal, el poder del Estado no es ilimitado para alcanzar sus fines independientemente de la gravedad de ciertas acciones y de la culpabilidad de sus autores”.²⁶ Por eso, el estudio no puede simplificarse a la acción específica que realiza un agente en un momento puntual, sino que conlleva una complejidad que la Corte IDH la ha examinado en tres momentos; ello, para el presente trabajo, lo hemos identificado como la “teoría tripartita” para el del uso de la fuerza.

Los procesos considerados en esta teoría son los siguientes: a) las acciones preventivas, b) las acciones concomitantes a los hechos y c) las acciones posteriores a los hechos.²⁷ La “teoría tripartita”, en una primera parte, ayudará a proponer un marco de análisis; pero en las conclusiones se podrá determinar cuál es el modelo más adecuado para identificar las responsabilidades individuales cuando se aplica la fuerza.

a. Acciones preventivas

Las acciones preventivas se construyen a través de los principios de legalidad y excepcionalidad del uso de la fuerza. De acuerdo a la jurisprudencia, estos se cumplen con la realización

26 Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros...*, párr. 262.

27 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros...*, párr. 78.

de tres actividades específicas:²⁸ la adecuación de la norma para la regularización del uso de la fuerza, la adquisición de equipo para el uso de la fuerza, y la capacitación y el entrenamiento de funcionarios para ello.

La adecuación de la norma para la regularización del uso de la fuerza, se refiere a la incorporación de los estándares internacionales de derechos humanos correspondientes en las normas internas; sobre esto, la Corte IDH ha considerado que “[e]l Estado debe ser claro al momento de demarcar las políticas internas tratándose del uso de la fuerza y buscar estrategias para implementar los Principios sobre empleo de la fuerza y Código de conducta”.²⁹ Si bien podrían considerarse generales los parámetros que se han expuesto, la Corte IDH en la sentencia del caso Aranguren y otros contra Venezuela determina las

28 “80. Esta Corte ha establecido con anterioridad que existe un deber del Estado de adecuar su legislación nacional y de ‘vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción’. El Estado debe ser claro al momento de demarcar las políticas internas tratándose del uso de la fuerza y buscar estrategias para implementar los Principios sobre empleo de la fuerza y Código de conducta. En este sentido debe dotar a los agentes de distintos tipos de armas, municiones y equipos de protección que le permitan adecuar materialmente su reacción de forma proporcional a los hechos en que deban intervenir, restringiendo en la mayor medida el uso de armas letales que puedan ocasionar lesión o muerte. 81. A su vez, el Estado debe realizar capacitaciones a sus agentes con la finalidad de que conozcan las disposiciones legales que permiten el uso de las armas de fuego y que tengan el entrenamiento adecuado para que en el evento en que deban decidir acerca de su uso posean los elementos de juicio para hacerlo. Más aún, frente a infracciones administrativas, como las migratorias, el Estado debe asegurar una capacitación acorde para enfrentar la calidad de la infracción y la situación de vulnerabilidad de las personas migrantes”. Corte IDH. *Caso Nadge Dorzema y otros vs. República Dominicana* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de octubre de 2012, párrs. 80 y 81, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf (Resaltado por el autor).

29 *Ibid.*, párr. 80.

actividades específicas que a realizar para cumplir con dicha adecuación; esto requiere que se:

a) especifiquen las circunstancias en que tales funcionarios estarían autorizados a portar armas de fuego y prescriban los tipos de armas de fuego o municiones autorizados; b) aseguren que las armas de fuego se utilicen solamente en circunstancias apropiadas y de manera tal que disminuya el riesgo de daños innecesarios; c) prohíban el empleo de armas de fuego y municiones que puedan provocar lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado; d) reglamenten el control, almacenamiento y distribución de armas de fuego, así como los procedimientos para asegurar que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respondan de las armas de fuego o municiones que se les hayan entregado; e) señalen los avisos de advertencia que deberán darse, siempre que proceda, cuando se vaya a hacer uso de un arma de fuego, y f) establezcan un sistema de presentación de informes siempre que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley recurran al empleo de armas de fuego en el desempeño de sus funciones.³⁰

Algunas de las actividades descritas son transversales en todo el proceso en el cual se hace uso de la fuerza, ya que la adecuación de las normas conlleva un control requerido antes, durante y después del uso de la fuerza.

En cuanto a la adquisición de equipo en este ámbito, tiene que ver con la necesidad de que las fuerzas policiales cuenten con diferentes tecnologías no letales (armas, municiones y equipo de protección) a fin de hacer una diferenciación entre los niveles de amenaza que puede presentar un intervenido. El segundo de los Principios básicos indica lo siguiente:

30 Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros...*, párr. 75.

Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley establecerán una serie de métodos lo más amplia posible y dotarán a los funcionarios correspondientes de distintos tipos de armas y municiones de modo que puedan hacer un uso diferenciado de la fuerza y de las armas de fuego. Entre estas armas deberían figurar armas incapacitantes no letales para emplearlas cuando fuera apropiado, con miras a restringir cada vez más el empleo de medios que puedan ocasionar lesiones o muertes. Con el mismo objetivo, también debería permitirse que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cuenten con equipo autoprotector, por ejemplo, escudos, cascos, chalecos a prueba de balas y medios de transporte a prueba de balas a fin de disminuir la necesidad de armas de cualquier tipo.

Es por eso que se vuelve imperiosa la necesidad de proponer un modelo del uso de la fuerza, para poder establecer una diferenciación de los niveles que deben ser aplicados de acuerdo al grado de amenaza que exista y cumplir de manera adecuada con el principio de proporcionalidad. Existen varios modelos sobre el uso de la fuerza que han sido implementados en varios países de la región; con estos se ha buscado primar el principio de proporcionalidad y limitar al máximo el uso de armas letales, ya que en dichos modelos se contemplan diversos niveles en los cuales se debe hacer uso de armas no letales, incapacitantes, etc.

Por último, sobre la capacitación y el entrenamiento de funcionarios, ambos ejercicios se consideran un tema transversal durante su formación y periodo laboral; el de la capacitación, como se ha indicado anteriormente, debe abarcar dos temas específicos: el primero, en relación con el uso de la fuerza; el segundo, sobre las técnicas que deben ser utilizadas para manejar el equipo. La Corte IDH sostiene que la capacitación debe tener como finalidad lograr que quienes la reciben, “conozcan las

disposiciones legales que permiten el uso de las armas de fuego y que tengan el entrenamiento adecuado para que en el evento en que deban decidir acerca de su uso posean los elementos de juicio para hacerlo”.³¹

El entrenamiento, por su parte, proporciona al FEHCL la técnica adecuada al momento de utilizar una determinada tecnología (equipo) pues existe una relación directa entre el entrenamiento y el equipo (entre la técnica y la tecnología), porque el equipo cumple con su función adecuada cuando se aplica una técnica adecuada. Un arma no letal, por ejemplo, es un equipo no letal siempre que se ocupe una técnica no letal; de lo contrario, un equipo no letal puede convertirse en letal con una técnica no apropiada.

b. Las acciones concomitantes a los hechos

La segunda parte del estudio del sistema tripartito que propone la Corte IDH es la de “las acciones concomitantes a los hechos”; el Tribunal Interamericano ha indicado que esta parte del análisis debe contener el estudio de tres segmentos específicos: la legalidad, la absoluta necesidad y la proporcionalidad.

De estos, el primer principio refiere a que “el uso de la fuerza debe estar dirigido a lograr un objetivo legítimo, debiendo existir un marco regulatorio que contemple la forma de actuación en dicha situación”,³² según se ha establecido en los Principios básicos 1, 7, 8 y 11. Además, como lo ha expuesto la Corte IDH, debe estar regulado el tipo de armas que pueden portar los FEHCL; así, “las normas y reglamentos sobre el empleo de armas

31 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros...*, párr. 81.

32 Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros...*, párr. 265.

de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben contener directrices que: a) especifiquen las circunstancias en que tales funcionarios estarían autorizados a portar armas de fuego y prescriban los tipos de armas de fuego o municiones autorizados”.³³

El principio de legalidad, entonces, contempla dos cuestiones específicas. La primera, en relación con la obligatoriedad de que el uso de la fuerza “deba estar dirigido a lograr un objetivo legítimo” y –con ello– acatar los marcos que regulan el uso de la misma; la segunda relativa al uso de las armas de fuego que los FEHCL pueden ocupar, ya que estas deben estar autorizadas por la ley.

Por otra parte, la Corte IDH no se ha limitado a proponer únicamente la “necesidad” del empleo de la fuerza sino que ha profundizado el criterio indicando que para ello debe existir un principio de “absoluta necesidad”; asimismo, el Tribunal Interamericano afirma que “el uso de la fuerza debe limitarse a la inexistencia o falta de disponibilidad de otros medios para tutelar la vida e integridad de la persona o situación que pretende proteger, de conformidad con las circunstancias del caso”.³⁴

El TEDH también se ha referido al principio de absoluta necesidad, lo cual ha sido recogido por la Corte IDH indicando que “no se puede concluir que se acredite el requisito de ‘absoluta necesidad’ para utilizar la fuerza contra personas que no representen un peligro directo, ‘inclusive cuando la falta del uso de la fuerza resulte en la pérdida de la oportunidad de captura’”.³⁵ Este principio, se contextualiza de manera directa con el cuarto de los Principios básicos.

33 Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros...*, párr. 75.

34 Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros...*, párr. 265.

35 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros...*, párr. 85.

Y en el caso de la proporcionalidad, esta refiere a que “los medios y el método empleados deben ser acorde con la resistencia ofrecida y el peligro existente. Así, los agentes deben aplicar un criterio de uso diferenciado y progresivo de la fuerza, determinando el grado de cooperación, resistencia o agresión de parte del sujeto al cual se pretende intervenir y con ello, emplear tácticas de negociación, control o uso de fuerza, según corresponda”.³⁶ Debe existir, pues, un equilibrio entre el nivel de fuerza aplicado en relación con la resistencia o agresión que tiene el intervenido de acuerdo a los Principios básicos 2, 4, 5 y 9.

Además de los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad, la Corte IDH ha considerado que existe un cuarto principio aplicable a los criterios para usar la fuerza: la excepcionalidad. Si bien este ya fue desarrollado en las acciones preventivas (legalidad y excepcionalidad), es importante citarlo ya que –como se observa– es uno de los principios transversales al momento del empleo de la fuerza.

El Tribunal Interamericano ha indicado que “[l]os rubros de las capacitaciones deberán versar, en lo concerniente a cada autoridad, sobre los siguientes temas: a) el uso de la fuerza por parte de agentes encargados de hacer cumplir la Ley, de acuerdo con los principios de legalidad, proporcionalidad, necesidad, y excepcionalidad, así como los criterios de uso diferenciado y progresivo de la fuerza”.³⁷ De aquí que el principio de excepcionalidad está relacionado directamente con los de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad, pero con una importancia especial al momento de hacer uso de la fuerza letal.

En un mayor grado de excepcionalidad se ubica el uso de la fuerza letal y las armas de fuego por parte de agentes de

36 Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros...*, párr. 265.

37 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros...*, párr. 270.

seguridad estatales contra las personas, el cual debe estar prohibido como regla general. Su uso excepcional tiene que formularse por ley y ser interpretado restrictivamente de manera que sea minimizado en toda circunstancia, no siendo más que el “absolutamente necesario” en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler. Cuando se usa fuerza excesiva, toda privación de la vida resultante es arbitraria.³⁸

El principio de excepcionalidad recoge la importancia de la prohibición del uso de las armas de fuego como regla general; pero, como bien se ha expuesto, el FEHCL puede utilizarlo como último recurso excepcionalmente y de la forma que sea absolutamente necesaria para neutralizar la amenaza o resistencia del intervenido.

c. Las acciones posteriores a los hechos

Conforme a lo determinado por la Corte IDH, las acciones posteriores a los hechos se concretan con la debida diligencia la cual –conforme al artículo 1.1 del Pacto de San José– establece la obligación de investigar los casos de violación de derechos humanos. Como bien lo indica el Tribunal Interamericano, “[e]sta obligación general se ve especialmente acentuada en casos de uso de la fuerza letal. Una vez que se tenga conocimiento de que sus agentes de seguridad han hecho uso de armas de fuego con consecuencias letales, el Estado está obligado a iniciar *ex officio* y sin dilataciones una investigación seria, independiente, imparcial y efectiva”.³⁹ La forma en la que se realice dicha investigación

38 Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros...*, párr. 84.

39 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros...*, párr. 101.

tiene especial atención⁴⁰ ya que debe ser seria, independiente,⁴¹ imparcial y efectiva.⁴²

La Corte IDH ha dispuesto el cumplimiento de otras acciones concomitantes con la obligación de investigar; por ejemplo, ha indicado que “[e]n razón de lo anterior, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y dar reparación por la privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares”.⁴³ Así, además de la necesidad de adecuar las normas, investigar y castigar, el Estado debe “dar reparación por la privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares”; con esto, también implementar medidas de no repetición⁴⁴

40 La investigación debe ser “*ex officio* y sin dilaciones, una investigación seria, imparcial y efectiva, que ni se emprenda como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la investigación, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales”. Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia del 4 de julio del 2006, párr. 148.

41 “Asimismo, en este tipo de casos tiene una particular relevancia que las autoridades competentes adopten las medidas razonables para asegurar el material probatorio necesario para llevar a cabo la investigación y que gocen de independencia, *de jure* y *de facto*, de los funcionarios involucrados en los hechos. Lo anterior requiere no sólo independencia jerárquica o institucional, sino también independencia real”. Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez...*, párr. 122.

42 “Esta obligación general se ve especialmente acentuada en casos de uso de la fuerza letal por parte de agentes estatales. Una vez que se tenga conocimiento de que los agentes de seguridad han hecho uso de armas de fuego con consecuencias letales, el Estado está obligado a iniciar *ex officio* y sin dilación una investigación seria, independiente, imparcial y efectiva para determinar si la privación de la vida fue arbitraria o no”. Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros...*, párr. 348.

43 Corte IIDH. *Caso Cruz Sánchez y otros...*, párr. 260.

44 “La reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la

Las investigaciones posteriores a los hechos se han nutrido sustancialmente con la jurisprudencia de la Corte IDH, la cual ha considerado como principio general la investigación como obligación del Estado; investigar tiene un contexto especial cuando se analiza en el marco del uso de la fuerza, mucho más si se estudia en torno al uso de la fuerza letal, por la responsabilidad que tiene el Estado en lo relativo al derecho a la vida. La Corte IDH afirma haber

considerado reiteradamente que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos, en razón de lo cual, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. De conformidad con el artículo 27.2 de la Convención este derecho forma parte del núcleo inderogable, pues se encuentra consagrado como uno de los derechos que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes.⁴⁵

La pertenencia del derecho a la vida al núcleo inderogable de derechos propone que exista una excepcionalidad en el trato cuando se utiliza uso de la fuerza letal por parte de los FEHCL, tal como se ha expuesto en el presente capítulo.

repetición de los hechos lesivos”. Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria...*, párr. 41.

45 Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros...*, párr. 78.

Conclusiones y retos para alcanzar una garantía efectiva de los derechos humanos: un análisis desde el contexto del uso de la fuerza

Como se había indicado, las sentencias que ha emitido la Corte IDH no se han centrado en el momento mismo de la aplicación de la fuerza por parte de los Estados, sino que esto se ha extendido a un estudio que considero es el más adecuado; es así que, para el análisis apropiado, el Tribunal Interamericano ha tomado en cuenta “tres momentos fundamentales: a) las acciones preventivas; b) las acciones concomitantes a los hechos, y c) las acciones posteriores a los hechos”.⁴⁶ Ahora bien, la Corte IDH –al ser un organismo subsidiario de la garantía de los derechos humanos– ha tomado este sistema tripartito para poder determinar la responsabilidad de los Estados de manera global; es decir, para determinar si a través del sistema estatal (políticas, funcionarios, normas, instituciones, investigación, etc.) se ha hecho un uso adecuado de la fuerza.

El análisis de los hechos que instan al uso de la fuerza por parte de los FEHCL resulta complejo en varios ámbitos ya que, como lo ha expuesto la Corte IDH “[l]a Convención Americana no establece un catálogo de casos y/o circunstancias en que una muerte producto del uso de la fuerza pueda considerarse justificada por ser absolutamente necesaria en las circunstancias del caso concreto”.⁴⁷

Lo anterior ha obligado a que la Corte IDH y el TEDH tomen en consideración algunos estándares internacionales establecidos para hacer uso de la fuerza, como lo son los Principios básicos y el Código de Conducta; con base en estos documentos, han propuesto el análisis de los derechos presuntamente vulnerados

46 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros...*, párr. 78.

47 Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros...*, párr. 264.

en los casos concretos. Las sentencias de la Corte IDH se han centrado en el análisis de las violaciones a los artículos 4 (derecho a la vida) y 5 (derecho a la integridad personal), cuando se ha hecho un uso indebido de la fuerza.

En este contexto, es elemental realizar un estudio de los Principios básicos y del Código de Conducta ya que –como se ha expuesto– es de donde ha partido la Corte IDH para poder analizar si es adecuado o no el uso de la fuerza. Se debe tomar en consideración que las normas contenidas en ambos documentos, catalogadas como *soft law*, no son vinculantes de manera directa para los Estados; es por eso que el análisis tiene una mayor utilidad a través del estudio de las sentencias de la Corte IDH (jurisprudencia interamericana).

La Corte IDH comparte la necesidad de que se limite al máximo la posibilidad del empleo de las Fuerzas Armadas en acciones de mantenimiento del orden interno, citando una de las acciones preventivas en el uso de la fuerza: la capacitación y el entrenamiento; pero, al profundizar dichas acciones, se observa que existen otras que proponen una incongruencia de la labor como es el caso del equipamiento y las reglas para el uso de la fuerza por estas dos instituciones: la militar y la policial.

Con respecto al equipo en el contexto de la capacitación y el entrenamiento, previo a la entrega de los instrumentos debe existir una capacitación con la finalidad de que conozcan cuál es la técnica que se debe emplear con determinado instrumento y en qué momento puede usarse; es decir, que deban conocer el manejo y a la vez el nivel de resistencia necesario para el uso de la tecnología entregada para tal efecto. Esto propone que no solo va a existir una diferencia en la capacitación, sino también en los equipos que tienen cada una de estas instituciones.

Para finalizar, la función subsidiaria del Tribunal Interamericano ha sido expuesta en el caso Cruz Sánchez contra Perú en los siguientes términos: “La Corte recuerda que no es un tribunal penal en el que pueda determinarse la responsabilidad penal de los individuos y que ‘corresponde a los tribunales del Estado el examen de los hechos y las pruebas presentadas en las causas particulares’, por lo que la responsabilidad de los Estados bajo la Convención no debe ser confundida con la responsabilidad criminal de individuos particulares”.⁴⁸

Así, pues, lo que el Tribunal Interamericano determina en sus sentencias es la responsabilidad internacional que han tenido los Estados en luz a la Convención Americana; pero para establecerla realiza previamente análisis específicos, como lo ha expuesto en el caso Montero Aranguren y otros contra Venezuela: “Sin perjuicio de lo anterior, y debido a las graves circunstancias en que acontecieron los hechos, el Tribunal considera pertinente analizar ciertos aspectos relativos a la violación de los artículos 4 y 5 de la Convención. En tal sentido, la Corte analizará: a) el uso de la fuerza por parte de miembros de cuerpos de seguridad [...]”.⁴⁹ En este caso la Corte IDH hace un análisis sobre el empleo de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad y afirma que “[p]ara esta Corte los hechos establecidos evidencian un uso de extrema violencia por parte de los cuerpos de seguridad con consecuencias letales para la vida de los 37 internos [...]”.⁵⁰

Para hacer el análisis, la Corte IDH aplica un proceso que en el presente trabajo ha sido identificado como tripartito; en este se consideran todos los hechos, como ha sido citado en la sentencia del caso Zambrano Vélez y otros contra Ecuador, en

48 Ibid., párr. 280.

49 Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros...*, párr. 62.

50 Ibid., párr. 73.

la cual la Corte IDH afirma lo siguiente refiriéndose al TEDH: “Asimismo, dicho Tribunal ha establecido que la evaluación sobre el uso de la fuerza que haya implicado la utilización de armas debe hacerse sobre todas las circunstancias y el contexto de los hechos, incluyendo las acciones de planeación y control de los hechos bajo examen.”⁵¹

Para garantizar de manera adecuada los derechos humanos en el contexto del uso de la fuerza, pues, se ve imperiosa la necesidad de cumplir en una primera instancia los principios de legalidad, absoluta necesidad, proporcionalidad y excepcionalidad en el empleo de la fuerza; pero, además, cuando se realice el análisis del caso concreto debe aplicarse el citado sistema tripartito de la Corte IDH, en el cual se consideran todos los hechos para identificar un uso adecuado o excesivo de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad.

51 Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros...*, párr. 89.

Anexo 1**Tabla 2: Sentencias de la Corte IDH relacionadas con el uso de la fuerza y consideradas para el análisis espacio-temporal**

N°	Año	País	Caso
1	1995	Perú	Caso Neira Alegría y otros
2	2000	Perú	Caso Durand y Ugarte
3	2000	Perú	Caso Cantoral Benavides
4	2003	Guatemala	Caso Myrna Mack Chang
5	2003	Honduras	Caso Juan Humberto Sánchez
6	2004	Perú	Caso Hermanos Gómez Paquiyauri
7	2005	Venezuela	Caso Blanco Romero y otros
8	2006	Venezuela	Caso Montero Aranguren y otros (Reten de Catia)
9	2006	Perú	Caso Cantuta
10	2006	Honduras	Caso Servellón García y otros
11	2006	Perú	Caso del Penal Miguel Castro Castro
12	2006	Colombia	Caso de la Masacre de Pueblo Bello
13	2006	Perú	Caso Baldeón García
14	2007	Ecuador	Caso Zambrano Vélez y otros
15	2007	Colombia	Caso de la Masacre de la Rochela
16	2009	Honduras	Caso Kawas Fernández
17	2010	México	Caso Cabrera García y Montiel Flores
18	2011	Venezuela	Caso Familia Barrios Vs Venezuela
19	2011	Haití	Caso Fleury y otros Vs Haití
20	2012	República Dominicana	Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana
21	2012	Venezuela	Caso Perozo y otros Vs. Venezuela
22	2012	Venezuela	Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela
23	2012	Colombia	Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia
24	2012	Colombia	Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs Colombia

25	2013	Perú	Caso J. Vs. Perú
26	2014	Venezuela	Caso Hermanos Landaeta Mejias y otros Vs. Venezuela
27	2014	Colombia	Caso Rodríguez Vera y otros
28	2014	Perú	Caso Espinoza Gonzales
29	2015	Perú	Caso Cruz Sánchez y otros
30	2015	El Salvador	Caso Ruano Torres y otros
31	2015	Ecuador	Caso García Ibarra y otros
32	2016	Ecuador	Caso Valencia Hinojosa y otra
33	2016	Brasil	Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil

Fuente: Sentencias de la Corte IDH

Elaboración propia, 2019

Beneficios penitenciarios a condenados por delitos de lesa humanidad

*María José Jara Leiva**

Introducción

La libertad, uno de los valores fundamentales de las sociedades modernas, se encuentra establecida como derecho en numerosos instrumentos internacionales y nacionales. Una de sus vertientes es la ambulatoria, cuya importancia es tal que la pena privativa de libertad debe ser la excepción y no la regla; debe existir solo en tanto se cumplan los fines por los cuales se impuso. Por esta razón, nuestros ordenamientos jurídicos contemplan la posibilidad de acceder a beneficios penitenciarios o intracarcelarios que permitan –por un lado– preparar a la persona recluida al medio libre y, asimismo, favorecer la existencia de incentivos para una adecuada conducta intramuros.

Por otro lado, producto de la historia continental reciente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte”, “la Corte IDH” o “el Tribunal Interamericano”) ha sido pionera en desarrollar las obligaciones de los Estados parte de la

* Abogada de la Universidad de Chile. Máster © en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. Diplomada en Pueblos indígenas, medioambiente y procesos de diálogo en el marco del Convenio 169 de la OIT, Universidad de Chile. Participó como pasante legal del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y visitante profesional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigadora del Observatorio contra la Violencia Institucional de Chile (OVIC).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana” o “el Pacto de San José”) que impiden que los crímenes de lesa humanidad y demás graves violaciones de derechos humanos se repitan. Entre estas, la principal obligación es la de investigar, juzgar y –en su caso– sancionar a los responsables de esos actos. En particular, sobre la obligación de sancionar, su cumplimiento permite erradicar la existencia de situaciones de impunidad y favorecer la no repetición, además de constituir un elemento importante del derecho de acceso a la justicia de las víctimas. La obligación de sancionar, cuando opera sobre delitos de lesa humanidad, adquiere fuerza especial como parte de su estatuto particular diferenciado de los delitos comunes.

Así las cosas, las personas privadas de libertad que cumplen condenas por el primer tipo de transgresiones ocupan dos posiciones que son relevantes para el derecho internacional de los derechos humanos: son personas privadas de libertad y se encuentran en esa situación como consecuencia de su responsabilidad en la comisión de graves crímenes contra la humanidad. Por eso, la decisión de otorgar estos beneficios respecto de estas puede llegar a colisionar con otras obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, dada la gravedad de las atrocidades cometidas y la necesidad de una respuesta estatal en sociedades democráticas.

En efecto, en países de nuestra región como Perú, Argentina y Chile, recientemente se ha debatido acerca de la posibilidad de otorgar beneficios penitenciarios a perpetradores de diversas atrocidades. Incluso, han surgido voces que abogan por denegarlos cuando se trate de condenados por delitos comunes que –aunque de gran interés público– no son de lesa humanidad. Lo anterior hace pertinente y necesario un análisis más acabado sobre la jurisprudencia interamericana en la materia

En este contexto, el presente artículo tiene por objeto analizar el otorgamiento de beneficios penitenciarios a la luz de los estándares del sistema interamericano de derechos humanos. Se intentará dejar en evidencia las tensiones que pueden existir entre el principio general en lo relativo a dicho otorgamiento y el deber estatal de sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos. Además, se dilucidará la solución que ha entregado el tribunal interamericano la cual concilia ambas obligaciones internacionales y se sistematizarán los criterios utilizados. Con ello, se intentará contribuir a disminuir la tensión entre obligaciones internacionales evidenciada y facilitar la labor de los jueces internos al momento ejercer el control de convencionalidad.

I. Los beneficios penitenciarios en el sistema interamericano de derechos humanos

1. Beneficios penitenciarios a personas condenadas, en general

El artículo 7 de la Convención Americana establece el derecho a la libertad personal. Establece además una regulación específica de este, mediante el establecimiento de una serie de garantías que incluye –entre otras– el derecho a no ser privado de libertad de manera ilegal o arbitraria así como a conocer las razones de la detención y los cargos formulados. De su regulación se comprende que la privación de libertad solo procede en casos excepcionales, establecidos por vía legal, y es última *ratio* puesto que implica una afectación de la libertad personal.

Varias funciones se le han asignado a la pena privativa de libertad. Las teorías de la finalidad de la pena retributivas encuentran su fin en el castigo por el delito perpetrado,

bajo el entendido de que “mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido”.¹ Por su parte, la teoría de la prevención especial se centra en el autor del delito y sostiene que el fin de la pena consiste en hacerlo desistir de la comisión de delitos futuros, sea intimidándolo mediante la pena, o evitando su reincidencia mediante su corrección.² Finalmente, la teoría de la prevención general busca “la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación”.³

En general, el derecho internacional de los derechos humanos establece como fin de la pena privativa de libertad la reinserción social del autor del delito, según consta expresamente en instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴ y la propia Convención Americana.⁵ La prevención especial y la finalidad resocializadora suponen, entonces, “un régimen penitenciario orientado a su preparación para liberación”.⁶

1 Roxin, Claus. Derecho Penal, parte general. Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducido por Luzón Peña, Diego y otros, segunda edición alemana, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 1997, p. 82.

2 Cfr. *Ibid.*, p. 86.

3 *Ibid.*, p. 89.

4 “3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados [...]”. Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10, Asamblea General resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966.

5 “6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. Organización de los Estados Americanos. Convención Americana, 22 de noviembre de 1969, Costa Rica, artículo 5.

6 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Alternativas a la reclusión por razones humanitarias: derecho internacional y legislación extranjera, Valparaíso, 2017, p.

Coincidentemente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la CIDH”) ha interpretado evolutivamente el Pacto de San José en los Principios y Buenas Prácticas de las Personas Privadas de Libertad;⁷ en estos se señala que “las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma, la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados; la resocialización y reintegración familiar; así como la protección de las víctimas y de la sociedad”.⁸ Sin perjuicio de ello, la CIDH no deja de recordar los efectos perniciosos inherentes de las penas privativas de libertad pues “[l]as sanciones penales son una expresión de la potestad punitiva del Estado e implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita”.⁹

Por su parte, cuando hablamos de los beneficios carcelarios o penitenciarios nos referimos a figuras que inciden en la etapa de ejecución de la pena, ya que implican una reducción de la duración de esta o del tiempo efectivo de internamiento. Abarcan medidas que van desde los permisos de salida, hasta la libertad condicional y el indulto. En términos generales, estas figuras tienen como fundamento los fines de la pena preventivo especiales, particularmente la reeducación, rehabilitación y resocialización de la persona privada de libertad.

8, disponible en https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24747/1/FINAL_2-_Alternativas_a_la_reclusi%C3%B3n_por_razones_humanitarias.pdf

7 Organización de los Estados Americanos. Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, Comisión Interamericana, preámbulo, resolución 1/08, 13 de marzo del 2008, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

8 Comisión Interamericana. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, Organización de los Estados Americanos, /Ser.L/V/II, Doc. 64, 31 de diciembre del 2011, párr. 607, disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>

9 *Ibíd.*, párr. 70.

Atendiendo al mismo fin preventivo especial, a nivel universal –en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos– se reconoce conveniente que se instituya en cada establecimiento penitenciario un sistema de beneficios a las diferentes categorías de reclusos, a fin de alentar su buena conducta, desarrollar su sentido de responsabilidad y promover su interés y cooperación.¹⁰ Además, recomiendan que antes del término de la ejecución de la pena privativa de libertad “se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad”, lo que puede ser alcanzado –por ejemplo– mediante una libertad condicional.¹¹

Los beneficios carcelarios se basan también en razones prácticas que tienen efectos en el respeto a los derechos humanos de quienes se encuentran en prisión, como la necesidad de descongestionar el sistema penitenciario y evitar las consecuencias criminógenas del encierro. Por citar algo, frente al hacinamiento carcelario, la CIDH recomienda a los Estados adoptar medidas como otorgar “indultos presidenciales o la liberación colectiva de determinadas categorías de presos”, así como “el uso de otras figuras propias del proceso de la ejecución de la sentencia, como las libertades condicionales, asistidas y las redenciones de pena por trabajo o estudio”.¹²

Por estas razones, en cuanto a la posibilidad de acceder a beneficios penitenciarios, existe un principio general de que todas las personas privadas de libertad tienen derecho a acceder a estos cuando se cumplan ciertos requisitos o presupuestos

10 Naciones Unidas. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), Asamblea General, 70º período de sesiones, 17 de diciembre del 2015, A/RES/70/175, regla 95.

11 *Ibid.*, regla 87.

12 Comisión Interamericana. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad..., párrs. 461 y 462.

necesarios para obtenerlos, puesto que se condicen con los fines por los cuales fue impuesta la pena y son una forma de proteger los derechos humanos de quienes están en prisión.

La Corte IDH se ha pronunciado directamente en pocas ocasiones sobre los beneficios penitenciarios para la población penal en general, aunque sí ha dejado en claro en el caso *Hermanos Gómez Paquiyauri* que ninguna categoría de condenados queda excluida de la posibilidad de optar a beneficios penitenciarios.¹³ Este estándar de no exclusión es coherente con una serie de principios y normas del derecho internacional de los derechos humanos en materia de personas privadas de libertad, cuya orientación tiende a prohibir medidas y prácticas que vulneren el principio de igualdad y no discriminación en el tratamiento hacia la población reclusa.¹⁴

2. Beneficios penitenciarios a personas condenadas por delitos de lesa humanidad

a. La obligación de sancionar las graves violaciones a los derechos humanos

La Corte IDH ha establecido en reiterada jurisprudencia relativa a graves violaciones a los derechos humanos –como son los crímenes de lesa humanidad– que los Estados tienen

13 “[L]a Corte considera, sin excluir ninguna categoría de condenados, que el Estado deberá ponderar la aplicación de estos beneficios cuando se trate de la comisión de violaciones graves de derechos humanos”. Corte IDH. Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 8 de julio del 2004, Serie C N° 110, párr. 145, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf

14 Cfr. Organización de los Estados Americanos. Principios y buenas prácticas sobre la protección..., principio II; y Naciones Unidas. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos..., regla 2.2.

el deber de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de dichas atrocidades. Este deber deriva de la obligación general de garantía de los derechos enunciados en la Convención contenida en su artículo 1.1, en una interpretación en conjunto con otros derechos como las garantías judiciales y el de protección judicial.¹⁵

A fin de hacer efectivo el cumplimiento de esta obligación, la Corte IDH se ha referido al deber estatal de abstenerse de recurrir a figuras que pretendan sustraerse del deber de investigar, juzgar y sancionar a responsables de graves violaciones a los derechos humanos. La primera sentencia en que aclara lo anterior fue en el caso Barrios Altos, en la que considera dentro de tales figuras las leyes de amnistía, así como las normas que establecen la prescripción y las que excluyen la responsabilidad, cuando tengan el fin de sustraerse del cumplimiento de aquella obligación.¹⁶ También en las sentencias de las cuales fue objeto Chile relacionadas con graves violaciones de derechos humanos cometidas en dictadura, la Corte destaca la imposibilidad de sustraerse de aquel deber y ordena al Estado abstenerse de recurrir a figuras como las anteriormente mencionadas, agregando también la de *ne bis in idem*, la irretroactividad de la ley penal, la cosa juzgada y cualquier excluyente similar de responsabilidad, cuando sean utilizadas para excusarse de su deber de investigar y sancionar.¹⁷

15 Así lo ha considerado la Corte desde el primer caso contencioso sometido a su jurisdicción. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Fondo), sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C N° 4, párr. 166, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

16 Corte IDH. Caso Barrios Altos vs. Perú (Fondo), sentencia del 14 de marzo del 2001, Serie C N° 75, párr. 41, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf

17 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de septiembre del

Ahora bien, en específico sobre la obligación de sancionar, la Corte IDH ha establecido el deber de abstenerse no solo de recurrir a figuras que busquen impedir el desarrollo de la investigación, sino también de aquellas que pretendan suprimir los efectos de la sentencia condenatoria.¹⁸ Así, en el caso Desaparecidos del Palacio de Justicia la Corte IDH ha subrayado que la obligación de sancionar abarca “el cumplimiento de la eventual sentencia, en los términos en que sea decretada”¹⁹. Más directamente, en la resolución de supervisión conjunta de cumplimiento de sentencia en los casos Barrios Altos y La Cantuta, la Corte IDH recuerda “que la ejecución de la pena también forma parte de dicha obligación”²⁰ que es la de investigar, juzgar y sancionar.

2006. Serie C, N° 154, párr. 151, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf; Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 2 de septiembre del 2015, Serie C N° 300, párr. 156, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_300_esp.pdf; Caso García Lucero y otras vs. Chile (Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones), sentencia del 28 de agosto del 2013, Serie C N° 267, párr. 223, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_267_esp.pdf; Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 29 de noviembre del 2018, Serie C N° 372, párr. 77, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_372_esp.pdf

18 Corte IDH. Caso 19 Comerciantes vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 5 de julio del 2004, Serie C N° 109, párr. 263, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_109_esp.pdf; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaui..., párr. 232.

19 Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 14 de noviembre del 2014, Serie C N° 287, párr. 460, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_287_esp.pdf

20 Corte IDH. Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar, resolución del 30 de mayo del 2018, párr. 30, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/barriosaltos_lacantuta_30_05_18.pdf

En este sentido, si bien la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables es considerada en general como una obligación de medios, su carácter se asemeja con la de resultados cuando ya se tomó una decisión. En consecuencia, una vez que ha sido posible efectuar una investigación, determinar a los responsables y –en su caso– decidir la imposición de una condena determinada, el Estado se encuentra obligado a tomar las medidas necesarias para hacer cumplir lo juzgado, particularmente la ejecución de la pena pues, como ha señalado la Corte, “la efectividad de las sentencias depende de su ejecución”.²¹

Por otra parte, en el caso Baena Ricardo la Corte IDH comprende la ejecución de la sentencia condenatoria también como parte del derecho de acceso a la justicia de las víctimas, contemplado en el artículo 25 de la Convención Americana,²² y como una forma de protección de sus derechos mediante el cumplimiento de las decisiones en materia judicial. En este sentido, para satisfacer el derecho de acceso a la justicia, no es suficiente con que en el respectivo proceso o recurso se emita una decisión definitiva en la cual se declaren derechos y obligaciones o se proporcione la protección a las personas. Además, es preciso que existan mecanismos efectivos para ejecutar las decisiones o sentencias, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados. La ejecución de tales decisiones y sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso a

21 Corte IDH. Caso Furlan y familiares vs. Argentina (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto del 2012, Serie C N° 246, párr. 209, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf

22 “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales [...]. 2. Los Estados Partes se comprometen: [...] c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”. Organización de los Estados Americanos. Convención Americana, ... artículo 25.

la justicia, entendido este en sentido amplio que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva. Lo contrario supone la negación misma de este derecho.²³

b. Necesidad de una sanción adecuada

Los crímenes de lesa humanidad tales como el asesinato, la desaparición forzada y la tortura son actos atroces que se cometen por parte de agentes estatales, en un “contexto de ataque sistemático o generalizado hacia algún sector de la población civil”.²⁴ Por su gravedad y reprochabilidad, su prohibición tiene carácter de *jus cogens* para el derecho internacional. Debido a ello, poseen categorización y estatuto propios que exigen que no se les haga extensiva –sin más– la aplicación del estatuto de los delitos comunes.

La Corte IDH ha considerado que cuando el Estado comete un delito contra la humanidad, su responsabilidad internacional se ve agravada toda vez que “implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el sistema interamericano”.²⁵ Además, estos crímenes “van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan

23 Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (Competencia), sentencia del 28 de noviembre del 2003, Serie C N° 104, párr. 82, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_104_esp.pdf; Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 7 de febrero del 2006, Serie C N° 144, párr. 220, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_144_esp.pdf

24 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros..., párr. 99.

25 Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 29 de noviembre del 2006, Serie C N° 162, párr.115, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf

permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables”.²⁶

Por estas razones, resulta necesario “mantener vigente en el tiempo el poder punitivo del Estado sobre conductas cuya gravedad hace necesaria su represión para evitar que vuelvan a ser cometidas”.²⁷ La respuesta estatal tendiente a su no repetición debe perdurar hasta la conclusión del procesamiento y el cumplimiento de su cometido, puesto que esa “es la señal más clara de no tolerancia a las violaciones a los derechos humanos” la cual “contribuye a la reparación de las víctimas y muestra a la sociedad que se ha hecho justicia”.²⁸ Así, la obligación de sancionar adquiere una fuerza especial frente a este tipo de delitos.

En el mismo sentido, siguiendo a Roxin, en casos de crímenes de lesa humanidad los fines de la pena preventivo especiales ceden frente a los preventivo generales, dada la especial gravedad de estos delitos y la trascendencia que los mismos tienen en la sociedad. Como parte de su teoría mixta de los fines de la pena²⁹, Roxin defiende la conveniencia de un castigo ante graves violaciones a los derechos humanos, aun cuando no sea aparentemente necesario según los fines preventivo especiales. Y plantea el ejemplo de criminales nazis que viven actualmente

26 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros..., párr. 152.

27 Corte IDH. Caso Órdenes Guerra y otros..., párr. 77; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 1 de septiembre del 2010, Serie C N° 217, párr. 207, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_217_esp1.pdf

28 Corte IDH. Caso Cepeda Vargas vs. Colombia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de mayo del 2010, Serie C N° 213, párr. 153, disponible en <https://summa.cejil.org/es/document/uhzs8xu5xtqyf1or>

29 Roxin, Claus. Derecho Penal, parte general..., p. 99 y 103.

integrados en la sociedad y no representan en sí mismos un peligro para esta. En tales casos y pese a su inserción, “un castigo de estos hechos es necesario desde fundamentos preventivo generales, porque si no se persiguieran se podría estremecer gravemente la conciencia jurídica general”.³⁰ Eso se debe a que, si tales crímenes quedaran sin punición, es posible que, ante ese tratamiento menos severo, se quiera exigir también para otros casos la impunidad, y relativizar así, por ejemplo, la prohibición de matar.³¹

Si bien las autoridades nacionales son las competentes para la determinación de las penas correspondientes a los delitos previstos en el derecho interno, la Corte ha recordado que los estándares internacionales imponen que estas deben ser adecuadas en relación con la especial gravedad de estos crímenes³² puesto que el estatuto particular de los delitos de lesa humanidad rige también –y quizás, sobre todo– respecto de las penas con que se les castiga.

La adecuación o no de las sanciones tiene que ver con la proporcionalidad que exista entre la respuesta que el Estado da a la conducta ilícita y el bien jurídico afectado con la violación de derechos humanos,³³ correspondencia necesaria en una

30 *Ibid.*, p. 98.

31 *Ibid.*

32 Corte IDH. Caso Cepeda Vargas..., párr. 150; Caso Barrios Altos vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, resolución del 7 de septiembre del 2012, párr. 54, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/barrios_07_09_12.pdf

33 Diversos instrumentos internacionales consagran el principio de proporcionalidad entre la sanción y la gravedad de los delitos de lesa humanidad. Así, por ejemplo, en el ámbito universal están la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (artículo 4.2); la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (artículo 7.1); y los Principios relativos a una eficaz prevención e

sociedad democrática. Una pena adecuada debe tener en cuenta factores como las características del delito, así como el nivel de participación y la culpabilidad del acusado.³⁴ Esta relación de proporcionalidad no solo es requerida en el momento de decidir qué sanción imponer, sino también al momento de su ejecución efectiva puesto que “la ejecución es la etapa o el momento final del Derecho punitivo, a que se orienta en definitiva y en que se realiza en su plenitud”.³⁵

En consecuencia, la regla general arriba descrita sobre la posibilidad de acceder a beneficios tiene un matiz cuando se trata de delitos de lesa humanidad, el cual viene dado por su especial naturaleza en relación con todo el resto de los delitos que son los comunes. Esto, porque si bien las personas condenadas por delitos de lesa humanidad se encuentran por un lado en situación de privación de libertad, por otro lado son sujetos pasivos sobre los cuales recae la obligación del Estado establecida como uno de los principios generales del sistema interamericano en materia de graves violaciones de derechos humanos que es la obligación de investigarlas, juzgarlas y sancionarlas.

investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumaria (principio 1).

En el ámbito interamericano se encuentran la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículo 6). y la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas (artículo III).

34 Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 12 de agosto del 2008, Serie C N° 186, párr. 203, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf

35 Rivacoba y Rivacoba, Manuel. Función y aplicación de la pena, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 60.

c. Necesidad de evitar un otorgamiento indebido de beneficios penitenciarios

Ahora bien, este matiz al que se ha hecho referencia al momento de conceder beneficios penitenciarios a condenados por estos crímenes –fundado en la diferente naturaleza y tratamiento del delito– viene dado por la necesidad de **ponderación** que existe en estos casos. Así, si bien todos los condenados – aun por delitos de lesa humanidad– tienen la posibilidad de acceder a beneficios penitenciarios, el Estado debe efectuar un examen particular en estos casos. La falta de ponderación o una ponderación inadecuada conduciría a un otorgamiento indebido de beneficios, lo que puede eventualmente derivar en una forma de impunidad y, con ello, al incumplimiento estatal de su obligación de investigar, juzgar y sancionar.

En cuanto al concepto de impunidad, este ha sido desarrollado por la Corte IDH desde los primeros casos sometidos a su conocimiento. Ha sido definida como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”.³⁶ Diversas situaciones pueden dar lugar a la impunidad, la que puede ser total o parcial. Puede concretarse, por ejemplo, debido a falencias investigativas – como la inactividad de los órganos estatales al investigar o por irregularidades durante el proceso; por acciones u omisiones legislativas, como la falta de tipificación de delitos o las leyes de prescripción o de autoamnistía; o por decisiones judiciales o administrativas, como podría ser –justamente– el otorgamiento indebido de beneficios penitenciarios.

36 Corte IDH. Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala (Fondo), sentencia del 8 de marzo de 1998, Serie C N° 37, párr. 173, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_37_esp.pdf; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña..., párr. 172.

En el caso Barrios Altos, es la primera ocasión en la que se dicta una sentencia de la Corte IDH que relaciona la concesión indebida de estos beneficios con la impunidad de los delitos de lesa humanidad; lo hace en los siguientes términos: “En atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas no se constituyan en factores de impunidad. [...] [E]l otorgamiento indebido de beneficios en la ejecución de la pena puede eventualmente conducir a una forma de impunidad, particularmente cuando se trate de la comisión de graves violaciones a los derechos humanos, como las ocurridas en el presente caso”.³⁷

De la jurisprudencia anterior es posible comprender que, cuando se trata de la comisión de delitos de lesa humanidad, y en atención a la regla de proporcionalidad entre las penas impuestas y la gravedad de la conducta, los Estados deben abstenerse de otorgar beneficios en la ejecución de la sanción que puedan conducir a una forma de impunidad. Lo anterior no quiere decir que no puedan conceder beneficios en ningún caso cuando se está frente a responsables de estos graves crímenes, pero sí que deberá eludirse su otorgamiento indebido. Esto, porque el deber de evitar la impunidad que recae sobre los Estados no se agota con la imposición de la pena, sino que también tiene relación con su efectivo cumplimiento y con la forma en que es cumplida, que son aspectos a los que apuntan, en general, los beneficios penitenciarios.

Por su parte, el deber de ponderar al momento de decidir el otorgamiento de beneficios penitenciarios para condenados por delitos de lesa humanidad está integrado en la jurisprudencia

37 Corte IDH. Caso Barrios Altos vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia..., párr. 55; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri..., párr. 145. Caso Manuel Cepeda Vargas..., párr. 152; Caso Rodríguez Vera..., párr. 463.

interamericana con la sentencia del caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*. En esta, la Corte se pronuncia sobre la concesión de beneficios penitenciarios de libertad y semilibertad condicional a dos condenados por delitos de lesa humanidad en virtud de la aplicación del régimen legal peruano en la materia, quienes –a consecuencia de dichos beneficios– terminaron sus condenas de forma anticipada. En esta sentencia se considera que el Estado tiene el deber de ponderar su concesión, “pues su otorgamiento indebido puede eventualmente conducir a una forma de impunidad”.³⁸ Esta situación se puede dar, entonces, no solamente cuando no existe condena sino cuando esta –en los hechos– no se cumple de la manera en que fue dictada.

Más desarrollo entrega en aquella sentencia el voto razonado del juez *ad hoc* Eguiguren Praeli. Este recalca, por un lado, el principio general de acceso de las personas privadas de libertad a tales beneficios en atención del principio de rehabilitación social. Por otro, destaca la necesidad de ponderación en su concesión cuando se trata de casos de graves violaciones de derechos humanos, a fin de evitar una impunidad encubierta.³⁹

También la CIDH se ha pronunciado sobre el otorgamiento de beneficios en la ejecución de la pena. Ha manifestado que, si bien aún en casos de graves violaciones de derechos humanos el

38 Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri...*, párr. 145; Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas...*, párr. 152; y *Caso Rodríguez Vera...*, párr. 463.

39 Si bien existieron condenas, “los condenados recuperaron la libertad poco tiempo después de la sentencia, sin haber cumplido siquiera un tercio de la pena con prisión efectiva, acogiéndose a beneficios penitenciarios. Aunque no puede negarse la existencia y aplicación de estos beneficios, cuando nos encontramos ante una rehabilitación social del delincuente, su otorgamiento por el Estado [...] debe ser debidamente ponderado y analizado. Sobre [todo] si nos encontramos frente a violaciones graves de los derechos humanos [...]”. Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri...*, voto razonado del juez *ad hoc* Francisco Eguiguren Praeli, párr. 2.

derecho internacional admite que ciertas circunstancias puedan generar una reducción de la pena, “de acuerdo con los estándares del sistema interamericano de derechos humanos, tales circunstancias requieren un análisis y requisitos más exigentes en función del bien jurídico afectado, la gravedad de los hechos, y la obligación que tienen los Estados de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de crímenes de lesa humanidad”,⁴⁰ de manera que su concesión no puede afectar o volver ilusoria esta última obligación.

El deber especial que recae sobre los jueces al momento de otorgar los beneficios en estos casos, ha sido destacado también por órganos del sistema universal. Por ejemplo, el Grupo de Trabajo para las Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas –a raíz de su misión a Chile– ha manifestado su preocupación por que “varias de las personas condenadas por desapariciones forzadas han recibido beneficios y privilegios tales como la concesión de beneficios intrapenitenciarios que le permitirían obtener salida dominical, salida de fin de semana, libertad condicional y/o reducción de pena antes del cumplimiento total de la condena original”, todo ello sin un debido control judicial.⁴¹

Finalmente, cabe señalar que la actividad de ponderar no se satisface con la simple comprobación del cumplimiento de requisitos legales por parte de las autoridades encargadas, generalmente judiciales. Según señala Ventura Robles, “[c]omo es sabido, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

40 Comisión Interamericana. CIDH expresa preocupación por otorgamiento de libertad condicional a condenados por graves violaciones a los derechos humanos en Chile, comunicado de prensa, Washington D.C., 17 de agosto del 2018, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/185.asp>

41 Naciones Unidas. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Misión a Chile, 29 de enero del 2013, A/HRC/22/45/Add.1, párr. 32, disponible en http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/06/A-HRC-22-45-Add1_sp.pdf

establece que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional, y aún más cuando están en juego tales como la justicia y la verdad”.⁴² En consecuencia, aun cuando en el caso concreto se cumplan requisitos establecidos en la ley nacional aplicable, el Estado debe valorar si mediante el otorgamiento del beneficio puede perpetuarse una situación de impunidad.

En este sentido, si bien los jueces internos están sometidos al imperio de la ley y –por tanto– obligados a aplicar las disposiciones legales vigentes, no es menos cierto que ello debe incluir también los instrumentos internacionales ratificados por el Estado. Lo anterior no es otra cosa que el ejercicio del control de convencionalidad. En virtud de este, el Poder Judicial se ve obligado a “velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin”,⁴³ para lo cual debe tener en cuenta también la interpretación que de la misma ha hecho la Corte IDH, en este caso en materia de verdad, justicia y reparación. Tomar en cuenta aisladamente la ley interna neutralizaría la aplicación de los estándares internacionales de derechos humanos.

42 Ventura Robles, Manuel. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad, ponencia presentada en el “Taller regional sobre democracia, derechos humanos y estado de derecho” desarrollado en Costa Rica entre el 5 y 7 de septiembre de 2005, p. 9, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24428.pdf>

43 Parra Vera, Óscar. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 13, 2012, pp. 5 a 51, p. 34, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30797.pdf>

II. Elementos para la ponderación

Una vez establecido el estándar interamericano en materia de beneficios penitenciarios para condenados por delitos de lesa humanidad, cabe preguntarnos: ¿Cuáles son los elementos o factores que deben ser tenidos en cuenta en el ejercicio de ponderación para efectos de otorgar o no los beneficios penitenciarios, a fin de evitar un otorgamiento indebido? La Corte se ha pronunciado sobre algunos de estos, principalmente en la sentencia del caso Cepeda Vargas, en relación con beneficios de libertad condicional otorgados a suboficiales del Ejército colombiano; también en la resolución de supervisión conjunta de cumplimiento de las sentencias de los casos Barrios Altos y La Cantuta, a propósito del polémico indulto humanitario concedido en favor del expresidente peruano Alberto Fujimori. A continuación, se ofrecerá una sistematización acerca de los factores que se deben tener en consideración, según la jurisprudencia interamericana.

1. Afectación al derecho de acceso a la justicia de las víctimas

El razonamiento contenido en la resolución de los casos Barrios Altos y La Cantuta es ilustrativo para comprender que la Corte IDH tiene en consideración la diferente gradación de los beneficios penitenciarios, en relación con el nivel de restricción que estos signifiquen para el acceso a la justicia de la víctima en casos de graves violaciones de sus derechos humanos. A propósito del indulto por razones humanitarias concedido, indica lo siguiente: “En casos de graves violaciones de derechos humanos dicha medida o figura jurídica debe ser *la que menos* restrinja el derecho de acceso a la justicia de las víctimas [...] y debe ser aplicada en casos muy extremos y por una necesidad imperante. Esto no significa que la figura jurídica o medida que

tenga que adoptar el Estado sea necesariamente una que ponga en libertad al condenado y, **mucho menos**, que implique la extinción de la pena⁴⁴

De lo anterior, es posible desprender que la Corte prefiere aquellos beneficios que no impliquen la libertad del condenado –como, por ejemplo, los permisos de salida– por ser menos lesivos para el derecho de acceso de justicia de las víctimas. Siguiendo la escala de gradación que plantea la sentencia, luego se encontrarían los beneficios que impliquen el cumplimiento de la pena en libertad, como lo sería la libertad condicional. Por último, están los que significan una extinción de la pena, como el indulto.⁴⁵

2. El comportamiento durante la privación de libertad

En el caso Cepeda Vargas, la Corte dio por establecido que los suboficiales del Ejército condenados por graves violaciones de derechos humanos participaron durante la privación de libertad de la víctima en un operativo que derivó en homicidio, pese a lo cual les concedieron el beneficio de la libertad condicional. Por esta razón, al Tribunal Interamericano le llama la atención que “al ponderar la aplicación de beneficios en la ejecución de la pena no se haya considerado el hecho reconocido que durante su

44 Corte IDH. Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta..., párr. 53 (Resaltado por la autora).

45 “Por consiguiente, corresponderá a las autoridades nacionales analizar si el ordenamiento jurídico peruano prevé otras medidas que, sin implicar un perdón de la pena por el Ejecutivo, permitan proteger la vida e integridad de Alberto Fujimori, condenado por graves violaciones a los derechos humanos, en caso de que realmente su situación de salud y condiciones de detención pongan en peligro su vida”. *Ibíd.*, párr. 68.

privación de libertad los mismos salieron del centro de reclusión militar y participaron del mencionado operativo”.⁴⁶

3. Cumplimiento de la condena en un centro de reclusión especial

Los suboficiales del mismo caso Cepeda Vargas cumplieron su privación de libertad en un centro de reclusión destinado exclusivamente para militares. Este elemento es considerado por la Corte IDH, luego de enunciar en los siguientes términos la obligación de evitar la impunidad frente a graves violaciones a los derechos humanos: “[L]os condenados cumplieron parte de sus penas, esto es 1 año, 3 meses y 18 días, en el Centro de Rehabilitación Militar de Tolemaida en Melgar, Tolima, que estaba destinado para que militares cumplieran sanciones por infracciones al Código Penal Militar, aun cuando en la jurisdicción militar sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar, principio también aplicable a la etapa de ejecución de la pena”⁴⁷

4. Disminuciones de la condena e impunidad de facto

En el caso Cepeda Vargas, el Tribunal Interamericano recuerda que la imposición de una pena proporcional a la gravedad de los hechos por la autoridad competente y debidamente fundamentada, permite controlar que el otorgamiento del beneficio no sea un medio para perpetuar la

46 Corte IDH. Caso Cepeda Vargas..., párr. 152.

47 *Ibid.*

impunidad *de facto*.⁴⁸ Al analizar la existencia de impunidad en el caso concreto, tiene en cuenta las repetidas disminuciones de la condena impuesta al afirmar que “[h]abiendo señalado que la Corte no es un tribunal penal [...], ello no obsta para observar que la forma en que se disminuyó, en repetidas ocasiones, la pena impuesta a los únicos dos perpetradores condenados, así como el hecho de que éstos pudieran salir [...] indican una insuficiencia del Estado para perseguir y sancionar adecuadamente graves violaciones a los derechos humanos como las cometidas en el presente caso”.⁴⁹

5. Padecimiento de enfermedades graves, crónicas o terminales, y posibilidad de atención en el centro de privación de libertad

Para efectos del otorgamiento del indulto por razones humanitarias, en su resolución de supervisión de cumplimiento de las sentencias de los casos Barrios Altos y La Cantuta, la Corte recuerda que –en atención de la posición especial de garante en que se encuentra el Estado respecto de las personas privadas de libertad– el Estado debe asegurar que a toda persona recluida

48 En este punto, la Corte hace referencia al Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad de las Naciones Unidas que señala lo siguiente: “Por impunidad se entiende la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas”. Naciones Unidas. Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, Comisión de Derechos Humanos, 8 de febrero de 2005, E/CN.4/2005/102/Add.1, Definiciones, A), disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/03/PDF/G0510903.pdf?OpenElement>

49 Corte IDH. Caso Cepeda Vargas..., párr. 153.

que padezca de enfermedades graves, crónicas o terminales le sea brindada “atención médica especializada y continua, ya sea dentro o fuera del centro penitenciario”.⁵⁰

Atendiendo a factores como la situación de salud y el riesgo de afectaciones a la vida, así como las condiciones de detención, y la posibilidad y facilidades de ser atendido adecuadamente (sea en el mismo recinto penal o mediante traslado), el Estado debe “valorar proporcionalmente cuál es la medida de carácter administrativo o figura jurídica que permita proteger la vida y la integridad del condenado, siempre que la misma se otorgue debidamente y siguiendo un fin legítimo que no signifique únicamente dejar de asegurar la ejecución de la pena”.⁵¹ En caso de que la atención de salud “no se pueda garantizar, las mencionadas personas privadas de libertad no deben permanecer en establecimientos carcelarios”.⁵² En otras palabras, si la motivación de la medida es la situación de salud, la obligación primaria es asegurar la atención médica especializada y continua, sea dentro o fuera de la cárcel; solo cuando el Estado no puede garantizar lo anterior y por las mismas razones humanitarias, podría extinguir la ejecución de la pena.

6. Los estándares internacionales en la materia

En la resolución de los casos Barrios Altos y La Cantuta, la Corte indica que cuando se contempla una medida que afecte la pena dispuesta por delitos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos, se debe efectuar un control jurisdiccional de esta “que permita realizar un análisis y ponderación respecto

50 Corte IDH. Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta..., párr. 50.

51 *Ibid.*, párr. 52.

52 *Ibid.*, párr. 50.

de la afectación que ocasione a los derechos de las víctimas y sus familiares, y asegurar que sea otorgada de forma debida, en consideración a los estándares de derecho internacional”.⁵³

Se trata de un tema en el cual esta “ha empleado criterios de otros tribunales de derechos humanos para establecer, mediante lo que ha denominado *jurisprudential cross-fertilization*, sus propios principios”.⁵⁴ El estudio de dichos criterios es particularmente relevante para comprender el empleo por el Tribunal Interamericano de estándares propios del derecho internacional, particularmente de la Corte Penal Internacional (en adelante “la CPI”).

El Estatuto de Roma⁵⁵ establece la posibilidad de que la CPI apruebe una reducción de la pena impuesta por esta, permitiendo una liberación anticipada. Por su parte, los estatutos de tribunales penales internacionales *ad hoc*, como los de la ex Yugoslavia,⁵⁶

53 *Ibid.*, párr. 57.

54 Dondé Matute, Javier. “El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, Fundación Konrad-Adenauer, 2010, pp. 263 a 293, p. 264, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37924.pdf> [última consulta: 13 de enero de 2019]

55 Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma, 17 de julio de 1998, A/CONF.183/9, disponible en [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

56 Naciones Unidas. Updated statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE PROSECUTION OF PERSONS RESPONSIBLE FOR SERIOUS VIOLATIONS OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW COMMITTED IN THE TERRITORY OF THE FORMER YUGOSLAVIA SINCE 1991, resolution 827 del 25 de mayo de 1993, artículo 28, disponible en http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf

Ruanda⁵⁷ y Sierra Leona,⁵⁸ admiten la posibilidad de perdonar o permutar penas si es que la ley nacional así lo permite, en cuyo caso el respectivo tribunal decidirá con base en los intereses de la justicia y los principios generales del derecho.

A continuación, se hará referencia a los estándares internacionales relativos a los elementos que se han de tener en cuenta al decidir si conceder beneficios carcelarios a condenados por delitos de lesa humanidad; particularmente los de la CPI, contenidos en su Estatuto y sus Reglas de Procedimiento y Prueba.⁵⁹

Previamente, se hace notar que –de acuerdo con el Estatuto de la Corte– debe existir al menos uno de los factores mencionados. No obstante, la existencia de uno o más factores no significa automáticamente que la reducción de la condena deba ser concedida en todo caso, lo que es reflejo de la naturaleza discrecional de la decisión.⁶⁰ “Más bien, los factores deben ser considerados y ponderados unos contra otros con el fin de determinar si la reducción es o no apropiada”.⁶¹

57 Naciones Unidas. Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, 31 de enero del 2010, artículo 27, disponible en http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/legal-library/100131_Statute_en_fr_0.pdf

58 Universidad de Oslo. Statute of the Special Court of Sierra Leone, promulgado el 16 de enero del 2002, artículo 23, disponible en <https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/04/4-06/sc-sierra-leone.xml>

59 Se toman en cuenta los elementos contemplados en: Corte IDH. Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta..., párr. 57.

60 Corte Penal Internacional. Three judges of the appeals chamber appointed for the review concerning reduction of sentence, Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, 22 de septiembre del 2015, N° ICC-01/04/01/06, párr. 22, disponible en https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_18047.PDF

61 Fernández Neira, Karinna. Libertad condicional de los condenados por graves violaciones a los derechos humanos y el derecho internacional de los derechos humanos, Santiago de Chile, 2017, p. 13, disponible en <http://www.londres38>.

a. El cumplimiento de una parte considerable de la pena privativa de libertad

El Estatuto de Roma en su artículo 110 establece la posibilidad de la reducción de la pena impuesta por esta, lo que puede proceder luego de un examen llevado a cabo una vez que la persona condenada haya cumplido “las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua”.⁶² Se trata, entonces, de una condición previa para el examen más que un elemento a ponderar propiamente tal.

b. Haberse pagado la reparación civil impuesta en la condena

Aunque el Estatuto de Roma no hace referencia expresa a este requisito, la Corte IDH lo menciona en la resolución de los casos Barrios Altos y La Cantuta como factor a ponderar, lo que ha sido reiterado por la CIDH.⁶³ En todo caso, tiene estrecha relación con lo señalado por dicho instrumento respecto de que la CPI habrá de tener en consideración “[s]i el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a ésta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas”.⁶⁴ Por su parte, la Regla 223 letra d) contiene como criterio a considerar “[c]ualquier medida de importancia que haya

[cl/1937/articles-100980_recurso_1.pdf](#)

62 Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma,... artículo 110.3.

63 Comisión Interamericana. CIDH expresa preocupación por otorgamiento de libertad condicional...

64 Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma,... artículo 110.4.b.

tomado el condenado en beneficio de las víctimas”.⁶⁵ Además, este elemento sería manifestación del derecho a la reparación de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos.

c. La conducta del condenado respecto al esclarecimiento de la verdad

El Estatuto de Roma incluye también, como elemento a considerar, “[s]i el recluso ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos”;⁶⁶ además, puede asumirse también dentro de lo contenido en la Regla 223 letra d) arriba transcrita, como una medida tomada por el condenado en favor de las víctimas. La colaboración para el esclarecimiento de los hechos tiene estricta relación con el derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad.

Según la CPI, no basta con una mera respetuosa y cooperativa conducta. Esta tendría que consistir, como mínimo, en “haber prestado testimonio, entrevistas y/o una declaración de culpabilidad para que su cooperación sea considerada para una liberación anticipada”.⁶⁷

65 Corte Penal Internacional. Reglas de procedimiento y prueba, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000), regla 223, letra d), disponible en <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rulesprocedureevidencespa.pdf>

66 Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma, ... artículo 110.4.a.

67 Corte Penal Internacional. Three judges of the appeals chamber appointed for the review concerning reduction of sentence..., párr. 35.

d. El reconocimiento de la gravedad de los delitos perpetrados y su rehabilitación

El reconocimiento de la gravedad de los delitos perpetrados está considerado, aunque de forma implícita, en la Regla 223 letra a) la cual señala que se debe tener en cuenta “[l]a conducta del condenado durante su detención, que revele una auténtica disociación de su crimen”. Según la CPI, esta disociación o remordimiento tienen que ser genuinos.⁶⁸ Además, no deben consistir solamente en expresar “la oposición a un acto criminal particular en abstracto”, sino que deben implicar una aceptación de responsabilidad y expresión de “remordimiento por haber cometido esos actos criminales”.⁶⁹

Por su parte, la rehabilitación de la persona cumpliendo condena como elemento a valorar está considerado como “[l]as posibilidades de reinsertar en la sociedad y reasentar exitosamente al condenado”; aparece en la Regla 223 letra b).

e. Los efectos que su liberación anticipada tendría a nivel social y sobre las víctimas y sus familiares

Este factor está contemplado en la Regla 223 de la CPI. En su letra c) se señala literalmente lo siguiente: “Si la liberación anticipada del condenado crearía una gran inestabilidad social”; la d) se refiere a “[...] los efectos de una liberación anticipada sobre las víctimas y sus familias”.

Respecto de los efectos sociales, la CPI reconoce que este elemento fue objeto de debate al redactar el Estatuto de Roma por su posible naturaleza discrecional; debido a eso, lo analiza con especial cautela y exige que la inestabilidad causada sea

68 *Ibid.*, párr. 45.

69 *Ibid.*, párr. 46.

“significativa”.⁷⁰ En relación con los efectos sobre víctimas y familiares de víctimas, la CPI lo relaciona directamente con el elemento anteriormente analizado relativo a las medidas que haya tomado el potencial beneficiario de la liberación temprana a favor de las víctimas.⁷¹ Por ello, presta atención sobre su participación “en el proceso de reparación o una demostración de arrepentimiento, los cuales podrían ser actos considerados como de relevancia para este factor”. Además, ejemplifica como un acto contrario a este elemento, el hecho de haber cuestionado el estatus de las víctimas como tales.⁷²

En síntesis, podemos observar la inclusión de variados criterios propios del derecho penal internacional por parte de la Corte IDH mediante un ejercicio de diálogo jurisprudencial, los que nutren el contenido de la obligación de sancionar las graves violaciones a los derechos humanos. En general son factores que atienden a circunstancias como la colaboración en la obtención de verdad, la manifestación de arrepentimiento, las reparaciones llevadas a cabo y el interés de las víctimas y la sociedad, a fin de que –con el otorgamiento de estos beneficios– no se pase por alto la necesidad de una señal clara de reprochabilidad y no repetición. Estos, en todo caso, deben ser analizados con cautela y sopesando la situación concreta del potencial beneficiario y las víctimas.

70 Cfr. *Ibíd.*, párrs. 63 y 64.

71 Corte Penal Internacional. Reglas de procedimiento y prueba..., regla 223, letra d).

72 Incluso cuando el cuestionamiento provenga de su abogado. Corte Penal Internacional. Three judges of the appeals chamber appointed for the review concerning reduction of sentence..., párr. 69.

Conclusiones

La pena privativa de libertad debe ser excepcional o de última *ratio*, y la finalidad dada a esta sanción por el derecho internacional de los derechos humanos es de tipo preventivo especial. Por estas razones, el principio general es que todas las personas privadas de libertad tienen derecho a acceder a beneficios penitenciarios cuando se cumplan ciertos presupuestos.

No obstante, dada la especial gravedad y reprochabilidad de los crímenes de lesa humanidad, los fines preventivos especiales de la pena ceden frente a la necesidad de una respuesta estatal satisfactoria que propicie la no repetición de los actos y contribuya a la reparación de las víctimas. Por eso, si bien esta población penal se encuentra comprendida en el principio general –de manera que siempre tienen la posibilidad de acceder a estos beneficios cuando cumplan con los presupuestos exigidos legalmente– esta afirmación adquiere un matiz que viene dado por su estatuto especial derivado de su especial naturaleza. El tratamiento particular de los crímenes contra la humanidad requiere la existencia de una pena adecuada que sea proporcional con su gravedad. Además, requiere una ponderación particular al analizar la concesión de beneficios a fin de evitar que estos conduzcan a una forma de impunidad y, con ello, el Estado se sustraiga de su obligación de sancionar.

Aun cuando exista ley que rija los beneficios carcelarios a condenados por delitos de lesa humanidad, la actividad de ponderar no se agota con la mera comprobación de la concurrencia de requisitos legales sino que exige valorar si mediante el otorgamiento del beneficio puede perpetuarse una situación de impunidad, lo cual no es más que el ejercicio del control de convencionalidad. En consecuencia, el otorgamiento de beneficios penitenciarios para condenados por delitos de

lesa humanidad no es *per se* una violación a la Convención Americana, pero puede llegar a serlo en virtud de una concesión indebida cuando esta conduzca a una forma de impunidad.

La Corte IDH ha considerado en su jurisprudencia como elementos de la ponderación, los siguientes: la afectación al derecho de acceso a la justicia de las víctimas; el comportamiento durante la privación de libertad; el cumplimiento de la condena en un centro de reclusión especial; la situación de impunidad *de facto*; el padecimiento de enfermedades graves, crónicas o terminales, y la posibilidad de atención en el centro de privación de libertad; y los estándares internacionales en la materia.

En relación con los estándares internacionales, en un ejercicio de fertilización cruzada de jurisprudencia, la Corte IDH hace suyos los criterios que utiliza la CPI para el otorgamiento de beneficios a condenados por delitos de lesa humanidad conocidos y sancionados por esta. Así, pasarían a formar parte de los criterios interamericanos el cumplimiento de una parte considerable de la pena privativa de libertad; el pago de la reparación civil impuesta en la condena; la conducta del condenado respecto al esclarecimiento de la verdad; el reconocimiento de la gravedad de los delitos perpetrados y su rehabilitación; y los efectos que su liberación anticipada tendría a nivel social y sobre las víctimas y sus familiares.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Paz na América Latina

*Mariane Monteiro da Costa**

1. Introdução

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) foi constituído em 1969 com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, instrumento de maior importância no Sistema atual. Essa Convenção foi feita apenas para os Estados da América, que faziam parte da Organização dos Estados Americanos (OEA). Este é um reflexo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, garantindo aos cidadãos latino-americanos uma série de direitos civis e políticos¹.

Assim como os direitos humanos, base do Sistema Interamericano, estão previstos na Carta da Organização das Nações Unidas, a paz é um dos seus princípios mais importantes. A paz é um conceito que possui diversos significados. O mais comum é que ela signifique a não existência de um conflito. No entanto, para fins deste estudo, adota-se um conceito mais amplo e humanizado para a paz.

* Bacharel em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MG). Aluna de mestrado em Relações Internacionais na Universidade de São Paulo (USP). Membro do grupo de estudos Atlântico Sul.

1 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direitos Constitucional Internacional*, Editora Saraiva, 14ª edição, São Paulo, 2013.

Desse modo, este trabalho tem como objetivo analisar o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e compreender suas particularidades, para então explicar como ele contribui para a paz na América Latina. Tenho como pergunta norteadora da pesquisa “em que medida o Sistema Interamericano de Direitos Humanos contribui para a paz na América Latina?”. A partir desta pergunta, tenho como hipótese que o objetivo do SIDH vai de encontro ao conceito de paz proposto por Ban Ki-moon, Ex-secretário-geral da Organização das Nações Unidas. Assim, quando a Comissão e a Corte Interamericanas aplicam a Convenção Americana de Direitos Humanos e fazem com que os Estados a cumpram, elas estão contribuindo para a aplicação da paz no continente.

Os estudos sobre paz, normalmente, são bastante eurocêntricos. Dessa maneira, é extremamente importante a discussão sobre o tema em outras esferas, principalmente de um continente grande como a América. Assim, o meu tema de pesquisa é relevante primeiro por tratar da paz na América Latina, muitas vezes ignorado pelos pesquisadores. Além disso, mobiliza um instrumento de proteção dos direitos humanos no âmbito regional para fazer uma discussão sobre como ele pode ter uma influência direta para a manutenção da paz no continente. E, por fim, avalia a eficiência desse Sistema desde sua implementação até os dias atuais em alguns quesitos estratégicos como a educação e a saúde, direitos inerentes ao homem.

O artigo está dividido em seis seções mais as considerações finais. A primeira seção apresentará o conceito de direitos humanos e dará um panorama sobre os seus sistemas de proteção. Na segunda seção, temos a contextualização e exposição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, seus organismos e como se dá a aplicação dos direitos humanos

no âmbito internacional. Logo após, temos a discussão sobre a paz em seus diferentes conceitos ao longo do tempo e a análise da Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento que delimita o conteúdo dos direitos humanos, e da Convenção Americana de Direitos Humanos em seus artigos que corroboram com a paz. Seguirei com a discussão do comprometimento internacional dos Estados com Tratados de direitos humanos, logo associando esta questão com o Tratado mais relevante para este artigo: a Convenção Americana. Na sexta seção, demonstro a importância dos Estados na proteção dos direitos humanos e como o Sistema Interamericano consegue corroborar para a paz na região a partir de dois casos na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por último, temos as considerações finais.

2. Os direitos humanos e seus sistemas de proteção

Apesar dos direitos humanos remeterem historicamente a Constituição Estadunidense e a Revolução Francesa, esses direitos só foram internacionalmente consolidados em 1948, com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Esta foi uma forma de garantir que as atrocidades do início do século XX como, genocídios, holocausto, duas guerras mundiais e a pior falta de alimentos não voltassem a acontecer. Ao aclamar o documento a Organização das Nações Unidas (ONU) esclarece que estes direitos, são inseparáveis da pessoa humana, existem livremente de qualquer formalidade ou vontade e nada possui legitimidade suficiente para que eles deixem de persistir².

2 GALVÃO, Roberto Carlos Simões. “*História dos direitos humanos e seu problema fundamental*”. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VIII, n. 23. Outubro 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=176> Acesso em: 16 jun. 2019.

Assim, os direitos humanos são definidos como “direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição”. Estes são regidos por meio do Direito Internacional dos Direitos Humanos que “estabelece as obrigações dos governos de agirem de determinadas maneiras ou de se absterem de certos atos, a fim de promover e proteger os direitos humanos e as liberdades de grupos ou indivíduos”. Desde 1945 diversos tratados internacionais e outros mecanismos passaram a conferir uma expressão legal e formal a tais direitos por meio das normas internacionais³.

Uma das formas de garantir e proteger esses direitos são os sistemas de proteção aos direitos humanos. Existe um sistema global de proteção, coordenado tanto por mecanismos convencionais (baseados em Tratados) quanto em mecanismos não convencionais (baseados nas Cartas das Organizações Internacionais) e também sistemas regionais. O sistema global gera a obrigação dos Estados de promover e proteger os direitos humanos, seja por meio da Carta da ONU, seja pelo direito consuetudinário ou por meio dos tratados universais de direitos humanos. Apesar de pressupor essa obrigação universal, os Estados não estão limitados a ela e podem se unir por meio do direito internacional regional, criando sistemas regionais de proteção⁴. Estes são menores e tem como objetivo internacionalizar regionalmente os direitos humanos. Acredita-se que o instrumento regional deve adicionar novos direitos,

3 NAÇÕES UNIDAS. *O que são os direitos humanos?* ONU Brasil, 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>> Acesso em: 16 jun. 2019.

4 HEINTZE, Hans-Joachim. “*Os direitos humanos como matéria do Direito Internacional Público*”. In: PETERKE (coord), *Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais*. Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, 2010.

aperfeiçoar outros e levar em consideração as particularidades de uma região em relação ao sistema global⁵.

Por tratarem com um número menor de Estados, normalmente mais homogêneos entre si por estarem na mesma região, é mais fácil atingir um consenso no sistema regional. Ademais, uma vez que os Estados estão geograficamente próximos, torna-se mais viável exercer fortes pressões a um país que viola as regras predispostas, punir e solucionar os problemas mais recorrentes. Por fim, refletem os valores históricos e as peculiaridades de uma região, o que gera uma aceitação mais fácil e espontânea dos Estados às normas. Sendo assim, apresentam-se algumas vantagens adicionais em relação ao modelo global, mas na verdade, os dois sistemas se complementam em diversas formas, sendo os dois importantes para o sistema internacional⁶.

3. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Diante disso, vou tratar mais especificamente do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). Em 1948, foi criada a Organização dos Estados Americanos (OEA) que tem como objetivo “fortalecer a paz, a segurança do continente americano, promover e consolidar a democracia representativa, com todo o respeito pelo princípio da não-intervenção, prevenir possíveis causas de dificuldades e assegurar a solução pacífica de eventuais confrontos entre os Estados-membros”. Esta organização internacional não conta com muitas cláusulas sobre a proteção dos direitos humanos em sua Carta fundadora. Os direitos humanos somente ganharam a devida atenção e uma definição

5 PIOVESAN, *Direitos Humanos...*

6 *Ibid.*

com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que foi aceita pela OEA como uma decisão não obrigatória⁷.

Porém, foi somente 11 anos depois da adoção da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em 1959 que foi aprovada uma resolução durante a Quinta Reunião de Consulta dos Ministros e das Relações Exteriores dos países-membros da OEA para a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. (TAIAR, 2008). Essa resolução veio como resposta ao contexto internacional da Guerra Fria, em que a segurança da região se tornou uma preocupação diante da tensão internacional. Em 1965, na Segunda Conferência Interamericana Extraordinária foi convocada uma Conferência Especializada sobre Direitos Humanos em que houve uma atualização de uma Convenção sobre Direitos Humanos que havia sido esboçada em 1959. Mas foi somente em 1969 na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José na Costa Rica que a Convenção Americana de Direitos Humanos foi adotada⁸.

Esta Convenção, considerada por muitos bastante ambiciosa, é o instrumento mais importante do SIDH e entrou em vigor em 1978. Ela reconhece e garante os direitos civis e políticos e, apesar de não especificar qualquer direito cultural, econômico ou social, determina que os Estados implementem esses direitos plenamente. Os Estados-membros da OEA que ratificaram este tratado estão obrigados com ele e devem não só respeitar os direitos estipulados na Convenção, mas também os garantir aos seus cidadãos. Para a implementação e monitoramento dos direitos humanos na América, a Convenção Americana estabelece também a Corte Interamericana de Direitos Humanos

7 HEINTZE, “Os direitos humanos como...”, p. 72

8 HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Portella. *O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos*. Edusp, São Paulo, 2001.

que, unida a Comissão, são os dois aparatos mais importantes do SIDH⁹.

Assim, é importante lembrar que o SIDH possui duas fontes jurídicas diferentes: uma derivada da Carta da OEA e a outra da Convenção Americana de Direitos Humanos. Essa distinção é importante para se entender a estrutura institucional dual que existe no Sistema. A dualidade se deve ao fato de que ainda atualmente alguns países estão resistentes a ratificar a Convenção Americana e, portanto, não estão obrigados a cumpri-la¹⁰.

3.1 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos funciona como uma entidade autônoma da OEA e, portanto, tem competência sobre todos os Estados-membros desta organização e, em consequência, todas as partes da Convenção Americana¹¹. Em um primeiro momento, as funções da Comissão eram restritas: “estimular a consciência dos direitos humanos nas Américas, formular recomendações aos governos dos Estados-membros quando considerasse conveniente, preparar relatórios sobre violações de direitos humanos em países específicos, solicitar aos Estados-membros informações sobre as medidas adotadas em relação aos direitos humanos e servir de corpo consultivo à OEA nessa matéria”¹².

Ao longo dos anos, e quando surgiam as situações políticas, a Comissão ia ampliando as suas atribuições. Com a onda

9 PIOVESAN, *Direitos Humanos...*

10 HANASHIRO, *O Sistema Interamericano...*

11 PIOVESAN, *Direitos Humanos...*

12 HANASHIRO, *O Sistema Interamericano...*, p. 35.

de ditaduras militares na América Latina, a Comissão se viu sobrecarregada de trabalho, pois estes regimes estavam sempre violando os direitos humanos. Então, em 1965 por uma resolução da Segunda Conferência Interamericana Extraordinária, os poderes da Comissão foram ampliados e este órgão passa a ser mais ativo. Assim, juntamente com as suas responsabilidades já descritas, o órgão passou a “redigir um relatório anual à Conferência Interamericana ou à Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores e estabeleceu um sistema para receber petições individuais. Com o tempo, essas atividades se tornaram as mais importantes da Comissão”¹³.

O recebimento das petições individuais feita por grupos de pessoas ou órgãos não governamentais está condicionado apenas a Estados que sejam partes da Convenção Americana e a violações de direitos que nela estão. A partir do momento que um Estado ratifica a Convenção, ou seja, se torna parte dela, este aceita a competência da Comissão para verificar esses casos automaticamente. No entanto, a Comissão estabelece alguns critérios de admissibilidade destas petições, assim como no sistema global de proteção aos direitos humanos. O prévio esgotamento dos recursos internos é o primeiro critério e é uma oportunidade que se dá aos Estados de resolver o assunto internamente antes que um ordenamento internacional seja acionado. Outro requisito importante é que o caso que foi levado à Comissão não esteja pendente em outro órgão internacional¹⁴.

Sendo a petição admitida pela Comissão, ela solicita ao Estado denunciado mais informações sobre o caso. A partir de então, quando o governo envia as informações ou quando o prazo se esgota para que o governo o faça, a Comissão verifica

13 *Ibid*, p. 36.

14 PIOVESAN. *Direitos Humanos...*

novamente se os motivos da petição existem ou não. Existindo motivo, o órgão tentará conciliar ambas as partes e alcançar uma solução amistosa. Caso isso não aconteça, a Comissão elabora um relatório com os fatos, conclusões e recomendações que é enviado ao Estado denunciado, com um prazo de três meses para a revisão. Durante este período o caso pode ser resolvido ou encaminhado para a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso a questão não tenha sido solucionada nem encaminhada à Corte, a Comissão pode emitir a sua opinião e concluir o caso¹⁵.

Além destas funções, a Comissão pode também receber comunicações interestatais. Estas acontecem quando um Estado denuncia um outro Estado para a Comissão. Entretanto, para que isso aconteça, ambos os Estados devem declarar que aceitam a competência da Comissão para receber e verificar essas comunicações, por meio de uma cláusula facultativa. Em último caso, a Comissão pode, ela mesma, solicitar ao Estado medidas para prevenir danos irreparáveis. Isto somente acontece quando necessário e em casos de muita gravidade e urgência¹⁶.

A Comissão é composta por sete pessoas que devem ser nacionais de um dos países-membros da OEA e que sejam “de alta autoridade moral e reconhecido saber em matéria de direitos humanos”. Os membros são eleitos pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos e tem um mandato de quatro anos, somente podendo ser reeleitos uma vez¹⁷.

15 *Ibid.*

16 *Ibid.*

17 *Ibid.*, p. 345.

3.2 A Corte Interamericana de Direitos Humanos

Apesar da ideia de um organismo jurisdicional para julgar casos de direitos humanos na América ser antiga, isso só se tornou verdade com a Convenção Americana. A Corte Interamericana de Direitos Humanos iniciou seus trabalhos em 1979, na Costa Rica¹⁸. Este órgão é formado por sete juízes, que devem ser nascidos em Estados-membros da Organização dos Estados Americanos e são eleitos pelos próprios Estados-partes da Convenção¹⁹.

A Corte possui três jurisdições: consultiva, de ditar medidas provisionais e contenciosa. A competência consultiva se refere a interpretação de documentos de proteção aos direitos humanos e, principalmente, em relação a interpretação de cláusulas da Convenção Americana. Esta interpretação não é estática, mas sim dinâmica, levando em consideração o contexto temporal, permitindo então a ampliação de direitos. Esta é uma tarefa preventiva que pode ser demandada tanto por órgãos da OEA quanto por seus Estados-membros. Esta função da Corte acaba mostrando a credibilidade da instituição e a fortalecendo perante os Estados, sejam eles membros ou não da OEA. Apesar de não ajudarem de fato na proteção dos direitos, os pareceres consultivos “reforçam os princípios e a interpretação dos instrumentos de proteção aos direitos humanos que devem orientar o Sistema Interamericano (...)”. Entretanto, este trabalho pode sobrecarregar a Corte. Os pareceres consultivos são vinculantes, mas não são executáveis, ao contrário das sentenças proferidas pelo mesmo órgão²⁰.

18 HANASHIRO, *O Sistema Interamericano...*

19 PIOVESAN, *Direitos Humanos...*

20 HANASHIRO, *O Sistema Interamericano...*, p. 39.

A segunda das competências da Corte é a de ditar medidas provisionais. Segundo a própria Corte, essas medidas apenas são tomadas em casos de extrema urgência e gravidade e “quando se faça necessário evitar danos irreparáveis às pessoas”²¹. Já a competência contenciosa existe para a resolução de controvérsias sobre as violações de direitos humanos e para que a Convenção Americana seja aplicada em casos individuais. No entanto, a jurisprudência da Corte não chega a todos os Estados-membros da OEA. Como a Corte foi criada por meio da Convenção Americana, a competência deste órgão para julgamento de casos está limitada aos Estados que aceitaram esta Convenção, ao contrário da Comissão. Também diferentemente da Comissão, a Corte apenas pode receber casos de seus Estados-partes e da Comissão Interamericana, não sendo aceitas petições individuais ou de organizações não-governamentais²².

Acredita-se que a Corte se faz essencial na proteção dos direitos humanos, uma vez que “apenas princípios de conduta moral, embora fundamentais, não são suficientes para fazer com que os Estados cumpram seus compromissos em relação aos direitos humanos”. Assim, se um Estado já reconhece a competência da Corte, uma decisão desta entidade gera uma obrigação legal para o denunciado e as sentenças emitidas são definitivas e inapeláveis. Além de emitir sentenças, a Corte pode também exigir reparos das consequências da violação dos direitos, determinar que a vítima possa gozar de seus direitos violados e também que ela seja financeiramente indenizada. Por fim, ainda existe a possibilidade de solução amistosa²³.

21 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Corte IDH, San José, 2018, p. 11.

22 PIOVESAN, *Direitos Humanos...*

23 HANASHIRO, *O Sistema Interamericano...*, p. 46.

Por ter sido inspirado em um sistema regional de direitos humanos entre Estados democráticos (Sistema Europeu de Direitos Humanos), a Comissão era pensada como sendo um órgão único, por não existirem muitas demandas que necessitassem de julgamentos e de um mecanismo de *enforcement* mais forte. Isso fez que, quando estabelecida, a Corte fosse fraca na Europa, o que foi contornado com uma série de modificações no Sistema Europeu, que o sistema das Américas não conseguiu acompanhar. Assim, como foi inspirado em um sistema com pouca ênfase a sua competência contenciosa, a Corte Interamericana foi instituída por meio apenas de uma jurisdição facultativa²⁴.

De um modo geral, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem mostrados bons resultados. Segundo Flávia Piovesan, “embora recente a jurisprudência da Corte, o Sistema Interamericano está se consolidando como importante e eficaz estratégia de proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram omissas ou falhas”²⁵.

É importante frisar que o objetivo da Organização dos Estados Americanos é garantir a paz e a segurança no continente americano. Assim, ter um sistema regional de proteção aos direitos humanos, com órgãos com diversas funções, mas com o principal foco nos direitos humanos, mostra o comprometimento da organização com os seus objetivos. E, mais ainda, é a primeira forma de perceber que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos contribui, de fato, para a paz. Para entender melhor a relação entre paz e direitos humanos, é necessário definir o que é paz e como este conceito evoluiu ao longo do tempo. Isto logo será abordado na próxima seção.

24 *Ibid.*

25 PIOVESAN, *Direitos Humanos...*, p. 366.

4. A Paz internacional: conceitos e aplicações

O sistema internacional mudou bastante do século XIX até os dias de hoje. Muitos conflitos aconteceram, organizações internacionais entraram em cena e a geografia mundial se alterou. Assim, para estar em dia com as constantes transformações que acontecem no globo, os conceitos não podem ser estáticos. O conceito de paz, por exemplo, teve alterações significativas ao longo do tempo.

Após duas grandes guerras que destruíram grande parte da Europa, a prioridade do mundo era a paz internacional. A criação da Organização das Nações Unidas em 1945 foi um marco e uma esperança para que a paz fosse estabelecida no mundo. A Carta da ONU, assinada em São Francisco em junho de 1945, é o documento mais importante da Organização. Em seu preâmbulo, é notável a preocupação em estabelecer a paz:

Nós, os povos das nações unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. E para tais fins, praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar

um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos (...) ²⁶.

Assim, essa Carta coloca a paz como mais do que uma ausência de guerra, mas a estabelece como um valor positivo, englobando os direitos humanos, a cooperação, a tolerância, a vontade de consolidar um desenvolvimento econômico e a democracia. Além disso, a Carta da ONU celebrou o princípio da não-intervenção, resultando em várias opiniões distintas acerca da legitimidade de ações mais enfáticas das Nações Unidas em questões de direitos humanos ²⁷.

Na segunda metade do século XX começam a surgir, mais que nunca, os estudos sobre paz. Tendo como pano de fundo a tensão internacional gerada pela Guerra Fria, um cenário totalmente diferente do que vemos atualmente, temos um conceito de paz em 1962 elaborado por Aron que é bastante tradicional e utilizado, principalmente pelos realistas. Para ele, a paz seria “a suspensão mais ou menos durável das modalidades violentas da rivalidade entre os Estados. Costuma-se dizer que ‘reina a paz’ quando o intercâmbio entre nações não se manifesta por meio de formas militares de luta” ²⁸. (ARON, 2002, p.220).

Alguns anos depois, amplia-se o conceito de paz. Johan Galtung cria um conceito de paz a partir da definição de

26 NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas*. Centro de Informação da ONU para o Brasil, Rio de Janeiro, 2017, p.3. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>> Acesso em: 28 jun. 2019.

27 LAFER, Celso. “*A ONU e os direitos humanos*”. Estudos Avançados, vol. 9, n. 25, São Paulo, setembro/dezembro 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141995000300014&script=sci_arttext&tlng=pt> Acesso em: 25 jun. 2019.

28 ARON, Raymond. *Paz e guerra entre as nações*. Editora da Universidade de Brasília, São Paulo, 2002. Disponível em: <http://funag.gov.br/biblioteca/download/43-Paz_e_Guerra_entre_as_Nacoes.pdf> Acesso em: 24 jun. 2019.

violência. Para ele existem três tipos de violência: a direta, a estrutural e a cultural. A violência direta é visível por meio do comportamento e pode ser física ou verbal, o tipo mais conhecido e com o qual se associa a palavra instintivamente. A violência estrutural é indireta e vem da própria estrutura social: entre seres humanos, sociedades e regiões no mundo. As duas maiores formas de violência estrutural são a repressão e a exploração. E, por fim, a violência cultural, que legitima as demais, está na linguagem, na ciência, na religião e na educação. O autor acredita que esses três tipos de violência estão em um ciclo vicioso, sendo que a violência direta reforça a violência estrutural e a cultural²⁹.

Assim, existiriam para Galtung dois tipos de paz: a positiva e a negativa. A paz negativa seria o conceito tradicional que se utiliza nos estudos de paz: a ausência de guerra. Este tipo de paz, no entanto, não eliminaria a violência estrutural que existe na sociedade, a rivalidade e a pré-disposição a guerra, apenas a violência direta. Por outro lado, a paz positiva engloba a prevenção da guerra, mas não só isso. Ela implica educação, a interação entre os povos e cooperação entre eles, o que levaria a existir uma sociedade melhor. Assim, ao contrário da paz negativa, a paz positiva representaria uma “verdadeira paz” e eliminaria a violência estrutural. Este foi o marco dos estudos para a paz³⁰. (GALTUNG, 1967).

Com o fim da Guerra Fria e a “vitória” do liberalismo estadunidense, os estudos sobre paz ganham influência da ideia

29 GALTUNG, Johan. *Peace by Peaceful Means: Peace and conflict, Development and Civilization*. SAGE Publications, International Peace Research Institute, Oslo, 1996.

30 GALTUNG, Johan. *Theories of Peace: a synthetic approach to peace thinking*. International Peace Research Institute, Oslo, 1967. Disponível em: <https://www.transcend.org/files/Galtung_Book_unpub_Theories_of_Peace_-_A_Synthetic_Approach_to_Peace_Thinking_1967.pdf> Acesso em: 24 jun. 2019.

liberal. Retomou-se o conceito de paz democrática ou paz liberal. Herança do pensamento kantiano, a tese da paz democrática pode ser resumida em três pontos principais. Em primeiro lugar, historicamente, as democracias liberais nunca ou quase nunca fizeram guerra. O segundo ponto é que as democracias liberais não são mais propensas à guerra que os Estados não democráticos, mas também não são menos. E o terceiro é que apesar das democracias liberais não fazerem guerra entre si, já existiram conflitos armados com os Estados não liberais³¹. Assim, se o mundo todo fosse liberal, a paz reinaria.

Mais recentemente, o conceito de paz foi ainda mais ampliado, tendo uma maior influência da dignidade humana. Para o ex-secretário-geral da Organização das Nações Unidas, Ban Ki-Moon, “a paz não pode ser decretada apenas por meio dos Tratados – ela deve ser nutrida pela dignidade, direitos e capacidades de cada homem e mulher. É uma forma de ser, de interagir com os outros, de viver nesse planeta”³². Paz ainda significa ter acesso à educação, saúde e serviços essenciais – especialmente para mulheres e meninas, dando a cada jovem a chance de viver como eles escolham; e desenvolvendo sustentavelmente e protegendo a biodiversidade do planeta. Significa viver com outros na base da tolerância, respeito e entendimento mútuo.

É a partir deste conceito mais ampliado de paz e próximo ao visto anteriormente na Carta das Nações Unidas que o artigo será construído. Indo de encontro a este princípio, temos os direitos humanos, que seriam um meio pelo qual a paz pode

31 PEÑAS, Francisco Javier. “*Liberalismo y relaciones internacionales: la tesis de la paz democrática y sus críticos*”. Isegoría, n.16, 1997, pp. 119-140.

32 KI-MOON, Ban apud UN NEWS. *Peace means dignity, well-being for all, not just absence of war – UN officials*. UN News, Setembro 2014. Disponível em: <<https://news.un.org/en/story/2014/09/476992-peace-means-dignity-well-being-all-not-just-absence-war-un-officials>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

ser garantida. Na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), documento que delimita o conteúdo dos direitos humanos, podemos encontrar a maioria dos elementos que são mencionados como paz na fala de Ban Ki-Moon: dignidade, acesso à educação, saúde e serviços essenciais.

No preâmbulo da DUDH já se reconhece a importância da dignidade humana como a base para a paz: “considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”³³. Isso reforça a definição de paz dada pelo ex-secretário geral da ONU. Em relação ao acesso à educação, temos o artigo 26 que garante este direito a todos os seres humanos:

1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos³⁴.

33 *DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS*. UNIC Rio, Janeiro 2009, p.2. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> Acesso em: 27 jun. 2019.

34 *Ibid*, p.14.

Cabe ainda ressaltar o quão importante é educação para a paz, assim como mencionado no segundo ponto do artigo reproduzido. Galtung, quando fala do conceito de paz positiva como “paz verdadeira”, defende que a educação é fundamental para que isso aconteça. As tensões e disparidades socioeconômicas seriam as causas da violência estrutural para o autor, que também crê que esta não é inerente ao homem, mas “produto de sua cultura, criando a necessidade da formulação e do aprendizado da convivência pacífica, por meio de uma educação para a paz”³⁵. Assim, para que o estágio de violência estrutural fosse superado e a tão sonhada paz positiva fosse alcançada a educação seria o meio.

Além do direito à educação, há também na Declaração Universal dos Direitos Humanos artigos reforçando e garantindo o acesso à saúde e aos serviços básicos como um direito. Estes direitos citados podem ser encontrados no artigo 25: “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”³⁶.

Apesar do direito a um meio ambiente saudável não estar na DUDH, este é considerado um direito humano. Os direitos humanos são divididos em gerações, não em um sentido de evolução, mas em uma ordem temporal em que eles foram sendo consolidados sendo os direitos de primeira geração os direitos civis e políticos, os de segunda geração os direitos econômicos,

35 SILVA, Jorge Vieira de. “*A Verdadeira Paz: desafio do Estado democrático*”. São Paulo em Perspectiva, vol. 16, n. 2, São Paulo, abril/junho 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88392002000200005&script=sci_arttext> Acesso em 28 jun. 2019.

36 DECLARAÇÃO UNIVERSAL..., p. 13.

sociais e culturais e, por fim, os direitos de solidariedade. Esta última geração de direitos tem como objetivo garantir “a todos uma existência digna, livre e igual, criando uma atmosfera plena de realizações das potencialidades do ser humano”. Os direitos de solidariedade, também chamados de direitos de fraternidade, incluem a paz, a qualidade de vida saudável, a autodeterminação dos povos e o direito a um meio ambiente equilibrado. “Ao mencionar a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, estamos diante da tutela, mas não só no sentido de proteção de uma melhor qualidade de vida da sociedade atual, como inclusive das futuras gerações, caracterizando dessa maneira, o sentimento de solidariedade”³⁷.

Diante do exposto, é possível notar o quão relacionado estão a paz e os direitos humanos e este é o primeiro passo na direção de analisar os impactos no âmbito regional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para a paz na América Latina. As Organizações Regionais não são definidas pela Carta da ONU, mas são comumente consideradas como arranjos de segurança coletiva. No entanto, a Carta estabelece que os Estados devem tentar resolver seus conflitos em âmbito regional num primeiro momento. Houve um crescimento no número de organizações regionais no mundo. Estas têm se desenvolvido para abranger áreas como paz e segurança, assim como foi o caso da Organização dos Estados Americanos.

Diante dos desafios regionais e a falta de um mecanismo com maior *enforcement* em relação aos direitos humanos, criou-se o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Consolidado no âmbito da OEA, o documento mais importante deste Sistema, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecido como Pacto San José da Costa Rica, foi assinada em 1969. Nesta

37 VILLELA, Vanderlei da Silva. “A Terceira Geração Fundamental – Meio Ambiente”. JurisWay, Agosto 2012.

Convenção, assim como na Carta da ONU, podemos notar algumas normas que remetem à paz. Um exemplo dessas está no artigo 11, em que temos a garantia de proteção da honra e da dignidade como direito. “1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”³⁸.

Assim como este, outros dos 82 artigos aprovados na Convenção podem ser relacionados a paz internacional. No entanto, quando se pensa na Convenção Americana de Direitos Humanos e nas declarações que os Estados fazem para aceitar a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, parece um pouco contra intuitivo perceber que os Estados aceitariam a jurisdição de um órgão internacional capaz de propor sentenças vinculantes a eles. Estando obrigados a respeitar a e cumprir as sentenças e o conteúdo proposto pelo tratado é curioso pensar nas razões que levam os Estados a se vincular aos tratados. É isto que veremos na próxima seção.

5. Os Estados como garantidores dos direitos humanos e SIDH: caminhando em direção à paz na América

Os Estados são os principais obrigados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Os direitos humanos vieram

38 SENADO FEDERAL. *Direitos Humanos: atos internacionais e normas correlatas*. Secretaria de Editoração e Publicações, Coordenação de Edições Técnicas, 4ª Edição, Brasília, 2013, p.155. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf?sequence=1>> Acesso em: 28 jun. 2019.

para proteger as pessoas dos abusos do monopólio estatal. Apesar destes direitos serem ameaçados pelos Estados principalmente, é importante lembrar que outras entidades podem violar os direitos dos seres humanos, como empresas, grupos de pessoas e organizações não governamentais. No entanto, cabe aos Estados tomar decisões e implementar medidas apropriadas para que os seus cidadãos não se tornem vítimas de violações de direitos humanos por qualquer que seja o ente. Os Estados são, ao mesmo tempo, os protetores dos direitos humanos e os seus potenciais violadores³⁹.

Diante disso, temos no artigo 1 da Convenção Americana de Direitos Humanos que o Estado possui uma dupla-obrigação de garantir os direitos humanos e os respeitar:

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano⁴⁰.

Desse modo, os Estados têm obrigações quando acontecem violações de direitos humanos em seu território, sendo elas: 1) a cessação da violação de direito; 2) a omissão de futuras violações de direito; 3) a restituição natural; 4) a indenização e; 5) a satisfação. Permanecendo a violação, o Estado deve agir para que esta tenha fim e na prevenção de futuras violações similares. Além disso, os Estados possuem o dever reparar os

39 PETERKE. *Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais*. Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, 2010.

40 SENADO NACIONAL, *Direitos Humanos: atos...*, p. 152.

males causados. Quando essa restituição não é possível (lesões físicas ou psíquicas, por exemplo), a indenização em dinheiro é uma possibilidade de reparação, entre outras existentes. Por fim, a satisfação diz respeito a reparações não materiais, como um pedido oficial de desculpa ou o desenvolvimento de programas e campanhas para atender os interesses das vítimas e de seus familiares⁴¹.

Quando as demandas não são atendidas dentro do próprio Estado, elas podem ser levadas (se um país-membro da OEA) para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que, se a petição estiver dentro dos critérios de admissibilidade serão analisadas pelo órgão. Em caso positivo, as medidas serão estabelecidas pela Comissão (ou até pela Corte Interamericana se for o caso) de modo com que os Estados cumpram com o seu dever de proteção aos direitos dos seres humanos, como visto no item 3 deste artigo.

Diante disso, é possível notar que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos consegue aumentar o *enforcement* destes direitos na região da América. Isso se deve ao fato de que as pessoas conseguem levar as suas demandas para o Sistema Internacional quando os Estados falham na sua obrigação de proteger e garantir os direitos humanos e não agem para que a situação cesse. Normalmente, quando há a intervenção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos os Estados atuam de modo a cessar as violações, por vezes criam políticas públicas para prevenção de novos casos e fazem as reparações necessárias para compensar as vítimas. Portanto, por aumentar o *enforcement* dos direitos humanos na América, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos contribui para uma cultura de paz no continente.

41 PETERKE, *Manual Prático...*

Para reforçar este ponto, apresentarei dois casos emblemáticos da Corte Interamericana de Direitos Humanos que condenou os Estados e contribuiu para uma mudança interna das leis, prevenindo novos casos e, conseqüentemente, corroborando para a paz. O primeiro caso ficou conhecido como “Meninos de Rua”, Caso Villagrán Morales e outros Vs. Guatemala. E o segundo caso é o Ximenes Lopes Vs. Brasil.

O Caso “Meninos de Rua” (Caso Villagrán Morales e outros Vs. Guatemala) começou na Corte Interamericana em 1997. Este caso foi encaminhado à Corte pela Comissão Interamericana. Os demandantes acusavam o Estado da Guatemala pelo sequestro, tortura e assassinato de quatro meninos, Henry Contreras, Federico Túnchez, Julio Roberto Sandoval e Jovito Cifuentes, moradores de rua em 15 de junho de 1990 pela Polícia Nacional da Guatemala. Cerca de dez dias depois, mais um jovem sem teto, Anstram Aman Villagrán Morales foi assassinado também pela Polícia guatemalteca. Os policiais que cometeram os crimes foram identificados como Néstor Lopez e Samuel Zuñiga. A Guatemala foi condenada pela Corte neste caso pela impunidade dos policiais que assassinaram os meninos de rua. A Corte exigiu algumas reparações da Guatemala como a reforma no ordenamento jurídico interno, para que as crianças e adolescentes gozem de maior proteção aos seus direitos, o pagamento de indenização aos familiares dos jovens e a construção de uma escola com o nome das vítimas, para que o caso não caia no esquecimento e volte a acontecer⁴².

42 FERRAZ, Hamilton Gonçalves; MARCOLINO, Danilo Sardinha; BATISTA, Felipe. “*Villagrán Morales e outros Vs. Guatemala (1999): a Convenção Americana como instrumento vivo e o combate à violação aos Direitos da Criança*”. Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, fevereiro 2018.

Já o Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, foi o primeiro caso envolvendo a questão da saúde mental na Corte Interamericana. Foi um marco também porque foi a primeira condenação do Brasil neste órgão. Damião Ximenes Lopes, pessoa com deficiência mental, foi internado em um hospital psiquiátrico – a Casa de Repouso Guararapes - em Sobral, no Ceará, e três dias após a sua internação, o paciente faleceu. A sua mãe foi visita-lo no hospital e, inicialmente, foi impedida de ver o seu filho, mas insistiu até que conseguiu adentrar a instituição e chamar por Damião⁴³. Este foi até a sua mãe:

caindo e com as mãos amarradas atrás, sangrando pelo nariz, com a cabeça toda inchada e com os olhos quase fechados, vindo a cair a seus pés, todo sujo, machucado e com cheiro de excrementos e urina. Que ele caiu a seus pés dizendo: polícia, polícia, polícia, e que ela não sabia o que fazer e que pedia que o desamarrassem. Que ele estava cheio de manchas roxas pelo corpo e com a cabeça tão inchada que nem parecia ele⁴⁴.

Assim, a sua mãe buscou ajuda entre os médicos do hospital para que ajudassem o seu filho e enfermeiros deram um banho em Damião e um médico receitou um remédio sem sequer examinar o paciente. A mãe foi embora e quando chegou em sua casa recebeu um telefonema do hospital e, horas mais tarde, descobriu que o seu filho tinha morrido. Assim, a família fez a petição na Comissão Interamericana contra o Brasil. Por meio dos mecanismos internos da Comissão e da falta de resposta do

43 ROSATO, Cássia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. “*Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*”. SUR, Revista Internacional de Direitos Humanos, dezembro 2011.

44 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Demanda en el Caso Damião Ximenes Lopes (Caso 12.237) contra la República Federativa del Brasil*. 1 out, 2004, p.599. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/ximenes/dcidh.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2019.

Brasil, o caso foi encaminhado à Corte, onde, após julgamento foi condenado. A Corte determinou que os reparos no caso deveriam ser morais e materiais para a família da vítima. Assim, além de pagar uma indenização, o Brasil deveria identificar e investigar os culpados da morte de Damião e promover políticas públicas como programas de capacitação e formação de profissionais da saúde⁴⁵.

Com essa decisão, mudanças aconteceram no Brasil. A Casa de Repouso Guararapes teve seu descredenciamento como instituição psiquiátrica e foi desativada. Hoje em dia, a cidade de Sobral no Ceará é agora referência em saúde mental, uma vez que abandonou os tratamentos com privação de liberdade e agora prioriza os atendimentos em regime ambulatorio e residenciais. O município recebeu, inclusive, um prêmio pelo avanço e pelos êxitos que teve desde o caso de Damião. Além disso, o Ceará começou a pagar uma pensão vitalícia para a mãe de Damião e, também, houve a mudança da política da saúde mental, pela lei 10.216/2001. Um centro de saúde foi inaugurado com o nome de Damião Ximenes Lopes para que o caso fique na memória e não volte a acontecer⁴⁶.

Nesses dois casos, houve uma reforma nas leis domésticas de modo a evitar que as situações ocorram novamente no futuro. Sendo assim, é possível ir de encontro a tese de que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos contribui para a construção da paz no continente americano. Perante o direito internacional, os Estados estão obrigados a respeitar e garantir proteger os direitos humanos. Havendo uma instância internacional de monitoramento, verificando se os Estados estão ou não cumprindo aquilo pelo que se comprometeram, as chances de que eles cumpram é maior. No caso da América, temos o SIDH

45 ROSATO; CORREIA, *Caso Damião Ximenes Lopes...*

46 *Ibid.*

que têm essa função. Ao aplicar a Convenção Americana de Direitos Humanos, monitorar o cumprimento dessas regras e abrir as portas para o recebimento de petições e denúncias de Estados, faz com que a proteção dos direitos humanos aconteça de uma maneira mais presente. Além disso, faz com que os Estados mudem os seus comportamentos para sempre avançar nesta questão. E, assim, o objetivo de contribuir para a dignidade humana e para uma paz positiva é alcançado.

6 Considerações finais

Este artigo teve como objetivo verificar se o Sistema Interamericano de Direitos Humanos contribui ou não para a paz na América. A pergunta de partida era “em que medida o Sistema Interamericano de Direitos Humanos contribui para a paz na América Latina?”. E, a minha tese para este artigo era a de que o objetivo do SIDH vai de encontro ao conceito de paz proposto por Ban Ki-moon, ex-secretário geral da Organização das Nações Unidas. Assim, quando a Comissão e a Corte Interamericanas aplicam a Convenção Americana de Direitos Humanos e fazem com que os Estados a cumpram, elas estão contribuindo para a aplicação da paz no continente.

Primeiramente, estudei o que são os direitos humanos e os sistemas de proteção criados para os garantir. Em segundo lugar, apresentei o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sua história, principais documentos e órgãos. Logo após, fiz uma breve discussão sobre o conceito de paz e fiz uma relação entre este conceito e os direitos humanos tendo como base a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento que delimita o conteúdo desses direitos, e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Segui abordando a questão do comprometimento dos Estados aos tratados internacionais para entender a razão pela

qual os Estados se comprometem internacionalmente. Por fim, indiquei as obrigações dos Estados para com os direitos humanos e demonstrei, por meio de dois casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos como o SIDH é fundamental para a proteção dos direitos humanos e corrobora para a Paz na América, cumprindo, portanto, o proposto para este artigo.

A paz definida como um conceito positivo, que demanda ações do Estado para garanti-la, e representa a dignidade humana, mais do que a mera ausência de guerra. Sendo os direitos humanos parte fundamental da dignidade humana, os dois conceitos estão mais que relacionados, mas os direitos humanos seriam condicionantes para que a paz, em seu sentido pleno, possa acontecer. Dessa forma, garantindo-se a proteção dos direitos humanos, a promoção da paz acaba sendo uma consequência. Fortalecendo este argumento, Puchta, Fachin e Bolzani, acreditam que “a promoção da paz e a defesa dos direitos humanos são duas faces da mesma moeda e, por sua vez, ambas retroalimentam a própria noção de Estado Democrático de Direito”⁴⁷. Assim, Direitos Humanos, Democracia e Paz mesmo que apresentem significados distintos, “são a tríade que sustenta o discurso internacional contemporâneo”.

Os Estados estão, pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, obrigados não somente a garantir os direitos aos seus cidadãos, mas também respeitá-los – visto que os eles podem ser potenciais violadores dos direitos humanos. Porém, é importante que existam mecanismos de monitoramento para verificar se os Estados estão ou não cumprindo com

47 PUCHTA, Ananda Hadah Rodrigues; FACHIN, Melina Girardi; BOLZANI, Giulia Fontana. “*Versus Colômbia: a tríade paz, direitos humanos e democracia analisada a partir de julgados do Sistema Interamericano de Direitos Humanos*”. Revista da Faculdade de Direito, UFPR, Curitiba, vol. 62, n.3, setembro/dezembro 2017, p. 31-59.

aquilo que se comprometeram, no caso estudado a Convenção Americana de Direitos Humanos. É neste contexto que a Comissão Interamericana, no âmbito da OEA para monitorar os seus Estados-membros, e a Corte Interamericana, para os Estados-partes da Convenção Americana, atuam. A partir de sua competência é possível receber denúncias contra Estados que não estão em conformidade com a sua obrigação internacional de proteger o seu cidadão. Neste sentido, acredito que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos seja um instrumento de *enforcement* dos direitos humanos que constringe os Estados a garantirem os direitos de seus nacionais. Dessa forma, ao fazer com que os Estados garantam a proteção dos direitos e da dignidade humana o Sistema Interamericano de Direitos Humanos corrobore para a paz na América.

Utilizando como exemplo dois casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é possível verificar que este *enforcement* realmente existe. Em ambos os casos Caso Villagrán Morales e outros Vs. Guatemala e Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil), as sentenças da Corte foram cumpridas nos países processados, gerando a mudança nas leis locais, impedindo que novos casos iguais acontecessem. Ainda, medidas de reparação foram tomadas tendo em vista que situações como as apresentadas não podem cair no esquecimento criando uma memória e satisfação para as famílias das vítimas.

Ademais, é percebido que mesmo que as sentenças da Corte sejam específicas sobre os direitos humanos violados em cada caso, o diálogo que promove entre as esferas locais e regionais, “principalmente na esfera de cumprimento de sentença, fortalece o Estado de Direito e a cultura da paz”. Dessa maneira, o SIDH permite que a população americana consiga buscar a garantia de seus direitos na instância internacional quando domesticamente a proteção deles não eram possíveis. Quando

se pensa nas sentenças da Corte Interamericana, fica ainda mais evidente essa questão. Elas conseguem tratar da consolidação da proteção dos direitos humanos tanto em nível nacional quanto no internacional, tendo como consequência o “fortalecimento da democracia e do processo de paz”⁴⁸.

Portanto, apesar da dificuldade de tratar do assunto pela pouca literatura envolvendo direitos humanos e paz, principalmente na América, acredito que consegui demonstrar que o Sistema Interamericano de Direitos Humano contribui, de fato, para o estabelecimento da paz na América. Consequentemente, consegui comprovar a hipótese que propus. Pela existência de pouca literatura, vejo que existem múltiplas possibilidades de futuros estudos sobre o tema tanto pelos estudos sobre a paz quanto da perspectiva dos direitos humano para verificar como se pode melhorar o SIDH e chegar mais perto da paz almejada, fazendo uma contribuição importante para essas áreas.

48 *Ibid*, p. 55.

La condition juridique de l'individu comme sujet de droit dans le droit interaméricain des droits de l'homme

Pascal JEAN-BAPTISTE*

*Il n'est de non-sujets de droit que ceux qui auraient vocation théorique à être sujets de droit, et qui sont empêchés de l'être*¹

Prétexte introductif

Postulons la «condition juridique de l'individu», privilégié à la notion de « statut juridique » -exprimant davantage une réalité statique- comme renvoyant au contexte normatif, institutionnel et procédural du déploiement de la personnalité juridique de l'individu. Elle est donc envisagée pour rendre compte du mouvement des capacités juridico-procédurales de l'individu dans un ordre juridique donné. Ainsi entendue, la notion de condition juridique de l'individu offre un outil d'analyse pertinent devant permettre d'étudier la personnalité juridique de l'individu dans ses manifestations concrètes. Elle peut être comprise comme l'ensemble des principes, des règles et des normes qui, de façon formelle ou informelle, gouvernent la mise en œuvre des capacités juridico-procédurales de

* Doctorant en droit, Mention droit international, européen et comparé (Université Jean Moulin -Lyon III). Membre de l'EDIEC. Enseignant-vacataire à l'Université Catholique de Lyon, Membre du CERDOC de la Chaire Unesco de Lyon.

1 J. CARBONNIER, « Sur les traces du non-sujet de droit », *Archives de philosophie du droit*, Tome 34, Sirey, 1989, p. 198.

l'individu dans un ordre juridique donné. Déployé dans le cadre du droit international, il reviendrait à postuler de la qualité de sujet de droit de l'individu. Si l'ampleur exact d'un tel postulat reste encore l'enjeu de vives controverses², quoiqu'il en soit, il apparaît de plus en plus sérieux dans le cadre du droit international des droits de l'homme³. Dans les Amériques -ce qui est valable pour les continents européen et africain-, l'évolution des droits et des responsabilités des individus du continent est, en effet, de plus en plus influencée par des facteurs d'ordre hémisphérique⁴. Il reste néanmoins besoin de savoir ce que pourrait valoir une étude de la condition juridique de l'individu dans le contexte du système interaméricain des droits de l'homme.

-
- 2 Pour certains auteurs, le seul fait d'être destinataire de règles du droit international n'implique pas l'acquisition de la personnalité juridique internationale. Cf. C. DOMINICE, *L'ordre juridique entre tradition et innovations*, PUF, Paris, 1997, p. 64. Alors que d'autres auteurs qualifient de sujet de droit, le titulaire de droits et/ou d'obligations internationaux capable d'exercer les premiers et/ou d'assumer les secondes. Cf. P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Dalloz, 9ème éd., Paris, 2008, p. 28.
 - 3 Cf. F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 8ème éd., 2006, p. 68 ; A. A. CANÇADO, « La persona humana como sujeto del derecho internacional : avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI », *Revista IIDH*, Vol. 46, 2007, pp. 273-329 ; J. P. PÉREZ-LEÓN, « El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjectividad jurídica internacional del individuo », *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, pp. 599-642 ; F. FARINELLA, *Sujetos del Derecho Internacional. Una revisión a la luz de los Derechos Humanos*, EUDEM, Mar del Plata, 2013, 202 p.
 - 4 J.P. THÉRIEN, P. HÉNAULT et M. ROBERGE, « Le régime interaméricain de citoyenneté : acquis et défis », *Études internationales*, vol. 33, N° 3, 2002, p. 425 et 426.

Alors que l'Amérique latine a été pionnière⁵ dans l'idée de « raisonner la raison d'État »⁶, aujourd'hui, un des critères formels distinguant le système interaméricain des droits de l'homme de ses homologues européen⁷, et dans une certaine

5 Outre le fait que la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* (avril 1948) a été adoptée quelques mois avant la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (décembre 1948) et de plus de deux ans avant la *Convention européenne des droits de l'homme* (novembre 1950), la *Convention de Washington* du 20 décembre 1907 entre le Costa Rica, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua et El Salvador avait institué la *Cour de justice centraméricaine* qui s'installa premièrement à Cartago (Costa Rica) le 25 mai 1908 puis déplacé, après le tremblement de terre ayant détruit une bonne partie de Cartago en 1910, à San José (Costa Rica). L'une des nouveautés de cette Cour a été d'avoir permis sa saisine par les particuliers. Elle reçut d'ailleurs à cet égard plusieurs demandes de citoyens contre les gouvernements même si elles n'ont pas été admises faute pour les plaignants d'avoir épuisé les voies de recours interne. Cf. Voir la fiche historique dressée par la Cour Suprême de justice de la République de El Salvador : http://www.csj.gob.sv/csj/historia_12.html.

Nonobstant, un fonctionnement éphémère (de 1908 à 1917), la *Cour de justice centraméricaine* a rendu une jurisprudence qui est loin d'être négligeable, particulièrement en matière du droit des étrangers et du droit à la nationalité. Cf. L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA, « La Convention américaine des droits de l'homme et la protection universelle des droits de l'homme : une filiation retrouvée », *L'OBSERVATEUR DES NATIONS UNIES*, 2008-2, vol. 25, note 3. Ils citent M. CASTRO RAMÍREZ, *Cinco años en la Corte de Justicia Centroamericana*, Editorial Delgado, Salvador, 1999, pp. 47-48.

Il importe néanmoins de mentionner que c'est l'Europe qui a la première incarné cette idée de « raisonner la raison d'État ». La Cour européenne a commencé à fonctionner en 1959, soit 20 ans avant l'installation de la Cour interaméricaine en 1979.

6 Allusion à M. DELMAS MARTY (dir.), *Raisonner la raison d'État : vers une Europe des droits de l'homme*, PUF, Paris, 1989, 512 p.

7 À l'entrée en vigueur du Protocole N° 11 le 1er novembre 1998, le système européen des droits de l'homme permet à l'individu une saisine directe de la Cour européenne des droits de l'homme. Son article 34 dispose : « *La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non-gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à*

mesure, africain⁸ réside dans le défaut de saisine de l'individu à la Cour de San José⁹. Ce qui fait dire à L. Burgorgue-Larsen que sur le plan des principes, force est de reconnaître que, par cet accès direct à la Cour, le statut de sujet de droit international de l'individu prend tout son sens en Europe¹⁰. Il s'ensuit, à cet égard, que la Cour interaméricaine ne dispose que d'une « compétence indirecte » pour juger les allégations des droits de l'individu¹¹. Un tel état du droit interroge sur la qualité de l'individu comme sujet de droit, à tout le moins le plein exercice de ses capacités juridico-procédurales, dans le système interaméricain des droits de l'homme. L'absence partielle -car on verra que l'individu n'en est pas complètement dépourvu- de ce droit d'action individuelle devant la juridiction interaméricaine remet-t-elle en cause sa qualité de sujet de droit ? De plus, quel serait le sens de la notion de « sujet de droit » dans le droit interaméricain des droits de l'homme ? Le sujet en tant qu'il est soumis au

n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit ».

- 8 Conformément à l'article 5.3 du Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, « *la Cour peut permettre aux individus ainsi qu'aux organisations non-gouvernementales (ONG) dotées du statut d'observateur auprès de la Commission d'introduire des requêtes directement devant elle conformément à l'article 34(6) de ce Protocole* ».
- Moyennant que l'État contre lequel l'individu agit ait accepté la compétence de la Cour (référence à l'article 34.6 de ce même Protocole).
- 9 Suivant l'article 61.1 de la Convention américaine des droits de l'homme, « *Seuls les États parties à la présente Convention et la Commission ont qualité pour saisir la Cour* ».
- 10 L. BURGORGUE-LARSEN, « De quelques "plus values" du système interaméricain des droits de l'homme. Réflexions comparées », in *Réciprocité et universalité. Sources et régimes du droit international des droits de l'homme. Mélanges en l'honneur du professeur Emmanuel Decaux*, Pedone, Paris, 2017, note 6.
- 11 L. BURGORGUE-LARSEN et A. ÚBEDA de TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 34.

droit interaméricain (sujet de sa Majesté, de *subjectus*, dérivé de *subjicere* : soumettre) ou le sujet en tant que maître de l'objet du droit interaméricain des droits de l'homme ?¹²

La question de la définition du « sujet de droit » en droit international est l'une des plus controversées¹³. Cela tient peut-être au fait que d'une part, « la conception des sujets (...) se restreint, se développe, se modifie, corrélativement à l'évolution de la science du droit »¹⁴ et que d'autre part, la subjectivité internationale n'est pas réductible à l'unité. D'ailleurs, tel que le postule la Cour Internationale de Justice (CIJ), « *les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits ; et leur nature dépend des besoins de la communauté* »¹⁵. Par ailleurs, pour cette même juridiction, « (...) *un sujet de droit international (...) a [la] capacité d'être titulaire de droits et devoirs internationaux et [la] capacité de se prévaloir de ses droits par voie de réclamation internationale* »¹⁶. Il appert que deux notions semblent caractériser le sujet de droit : la personnalité juridique et la capacité juridique. S'agit-il de deux critères cumulatifs ou simplement alternatifs ? Il revient d'admettre que la conjonction « et » reste fort problématique

12 Sur cette dualité d'acceptions de la notion de « sujet de droit » : *objicere* - mettre devant- et subjectif, dérivé de *subjicere* -soumettre- voir, Ch. GRZEGORCZK, « Le sujet de droit : trois hypostases », in *Archives de philosophie du droit*, Tome 34, *op. cit.* p. 9.

13 J. SIROPOULOS, *Théorie générale du droit international*, L.G.D.J., Paris, 1930, p. 115.

14 C. BEREZOWSKI, « Les sujets non souverains du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1938-III, t. 65, p. 5.

15 CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis Consultatif du 11 avril 1949, Rec. 1949, p. 178.

16 *Ibid.* p. 179.

et peut ouvrir le champ à de multiples interprétations¹⁷. Une incertitude demeure donc quant à la relation entre personnalité juridique et capacité juridique¹⁸. Pour M. Cosnard, « le premier apport de l'Avis de 1949 de la CIJ pourrait bien être l'affirmation que la détermination des sujets du droit international, et donc sa définition, n'est pas affaire de postulat doctrinal, mais bien d'observation de la pratique. Dès lors, la définition du droit international et de ses sujets n'est pas figée »¹⁹. Pour A.-L. Vaurs Chaumette, la définition de la CIJ est une norme ; son énoncé est donc prescriptif²⁰. Elle n'est pas utile car non seulement équivoque mais soulevant également des divergences d'interprétation²¹.

Mais il ne faut pas omettre que la CIJ a également précisé que « *les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits; leur nature dépend des besoins de la communauté* »

17 On peut considérer la capacité comme une conséquence de la personnalité juridique. Dans ce cas, les deux notions exprimeraient un rapport d'inclusion. Cf. B. TAXIL, *L'individu, entre ordre interne et ordre international : recherche sur la personnalité juridique internationale*, Thèse, Paris I-Panthéon Sorbonne, 2005, p. 63. (785 p.). On peut tout aussi considérer les deux notions comme équivalentes. Cf. F. CAPOTORTI, « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1994-IV, t. 248, p. 31.

18 A.-L. VAURS CHAUMETTE, *Les sujets du droit international pénal. Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale ?* Pedone, Paris, 2009, p. 3.

19 M. COSNARD, « Rapport introductif », in S.F.D.I., *Le sujet en droit international*, Actes du colloque du Mans des 4-5 juin 2005, Pedone, Paris, 2005, p. 22.

20 Suivant l'auteur, l'énoncé pourrait être reformulé ainsi : « pour jouir de la personnalité juridique internationale, il faut avoir la capacité d'être titulaire de droits et d'obligations internationaux et avoir la capacité de se prévaloir de ses droits au niveau international ». Cf. A.-L. VAURS CHAUMETTE, *Les sujets du droit international pénal. Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale ?*, *op. cit.*, p. 3.

21 *Ibid.* p. 4.

(Avis consultatif du 11 avril suscité). Cette mention suggère que la définition des sujets du droit international n'est pas définitive. Autrement dit, les critères élaborés par la Cour elle-même, loin d'être définitifs, peuvent évoluer. L'observation de la réalité et des pratiques est à cet égard nécessaire.

Appréhender la condition juridique de l'individu comme « sujet de droit » dans le droit interaméricain implique d'une part, de situer le cadre de prise en compte des manifestations de la subjectivité internationale à travers les fonctions ou capacités juridiques de l'individu, expression dans une certaine mesure de la personnalité juridique. D'autre part, si le droit régional comparé des droits de l'homme met en exergue cette capacité procédurale *a priori* défavorable de l'individu relativement à la saisine de la Cour interaméricaine, la condition juridique véritable de l'individu n'est pourtant pas totalement compréhensible en dehors du particularisme même du système interaméricain des droits de l'homme.

I. L'individu : sujet de droit international

Le sujet de droit semble avoir comme corollaire la personnalité juridique, laquelle se manifeste à travers des fonctions ou des capacités juridiques (1). Il importe de lire, au travers de ces caractéristiques, la situation de l'individu au tournant du mouvement international des droits de l'homme (2).

1) Du « sujet de droit » à la personnalité juridique: conceptualisation d'une profonde imbrication

La réflexion sur le « sujet de droit » est inséparable de celle sur la personnalité juridique, car le « sujet de droit » a pour caractéristique essentielle d'être porteur de la personnalité

juridique²². La personnalité juridique serait en ce sens la qualité essentielle du « sujet de droit ». Ainsi, est « sujet de droit » toute entité porteuse de la personnalité juridique. L'imbrication est presque totale. D'ailleurs sous l'entrée *Personnalité (juridique)* du Dictionnaire de droit international, Jean Salmon établit une relation synonymique entre les deux notions : « l'expression titulaire de la personnalité juridique internationale est synonyme de sujet de droit international »²³. Un entremêlement qu'on retrouve également sous la plume de Michel Virally, lorsqu'il définit la personnalité juridique comme « une institution juridique conférant à un acteur social la qualité d'acteur juridique, sujet de droits et d'obligations »²⁴. Ainsi, la personnalité juridique se révèle être une des notions constitutives de tout ordre juridique en ce sens qu'elle contribue non seulement à identifier la nature d'un ordre juridique et conditionne son existence, mais également elle en détermine les sujets, en établissant le lien existant entre l'ordre juridique et l'entité considérée²⁵.

La personnalité juridique internationale semble coïncider avec la capacité à agir, que celle-ci soit active ou passive²⁶.

22 S. GOYARD-FABRE, « Sujet de droit et objet de droit - Défense de l'humanisme », Cahiers de philosophie politique et juridique, no 22, *Sujet de droit et Objet de droit - L'homme est-il le seul sujet de droit ?*, Presses Universitaires de Caen, Caen, 1992, p. 14.

23 J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 820.

24 M. VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain », *R.C.A.D.I.*, 1983-V, t. 183, p. 71.

25 A. GOROVSTEFF, *Etudes de principiologie du droit, 2^e ème partie - Théorie du sujet de droit*, Rec., Sirey, Paris, 1928, p. 104, cité par A-L. VAURS CHAUMETTE, *Les sujets du droit international pénal. Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale ?*, op. cit., p. 7.

26 Suivant un lexique civiliste, la personnalité juridique active serait celle du sujet débiteur du droit international, alors que la personnalité active serait celle du sujet créancier du droit international. Sur cet usage, voir, A-L. VAURS

Cette coïncidence réconcilie ainsi la personnalité juridique internationale avec sa signification étymologique²⁷ : elle est le rôle de l'acteur juridique, son masque sur la scène internationale. En cela, la personnalité juridique s'assimile à un « procédé de la technique juridique »²⁸, consistant à « qualifier certains êtres de sujets de droit et à les représenter comme liés les uns aux autres par des rapports de droit dont ils sont bénéficiaires, ou qui pèsent sur eux, qui leur permettent certains actes, ou leur en défendent d'autres, ou encore les obligeant à une certaine manière d'agir »²⁹. La personnalité juridique permet donc de saisir le sujet de droit dans ses fonctions (ses capacités) juridiques, dans son rôle juridique.

La notion de sujet de droit ainsi que son corollaire de personnalité juridique sont des notions de discussion assez classiques en droit international. Une récurrence que le caractère essentiellement évolutif du droit international explique. S'il ne peut y avoir qu'une seule définition de la personnalité juridique, en revanche, au regard de la définition de la CIJ, plusieurs catégories de sujets de droit peuvent coexister dans l'ordre international. Il revient de distinguer la personnalité juridique de la capacité juridique. Le premier englobe le second. Ou

CHAUMETTE, *Les sujets du droit international pénal. Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale ?*, op. cit.

27 Le terme personnalité, issu de la notion de personne, se rattache au terme latin *persona*. Elle désigne une figure abstraite dont l'homme se revêtait, une sorte de masque de théâtre et, par là, le rôle qu'il symbolise. C'est le masque derrière lequel se dissimule l'acteur ; le personnage joué. La *persona* est le masque, c'est-à-dire le rôle.

28 Il faut le voir en que démarche formelle de conversion d'entités réelles en personne juridique. En cela, la notion de personnalité étatique, par exemple, a un fondement et une portée purement juridiques. Cf. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, Paris, 2004, p. 27.

29 R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit -caractères et conséquences », *R.T.D. civ.*, 1909, p. 612.

mieux le second manifeste le premier. Autrement dit, il est donc possible d'être sujet du droit international tout en ayant des capacités partielles. En d'autres termes, la personnalité juridique est indivisible alors que la capacité juridique est mesurable en fonction des sujets. Le caractère dynamique de la définition de la CIJ ainsi que la particularité du droit international des droits de l'homme permettent de faire le lien entre individu et sujet de droit international.

2) L'individu en droit international: d'objet de protection à sujet de droit

D'un effacement relativement total dans le droit international classique, l'individu est devenu dans une certaine mesure un véritable sujet dans le droit international contemporain. Une telle perspective est illustrée académiquement par l'élargissement de subdivisions du droit international essentiellement portées sur la personne humaine : droit international des droits de l'homme, droit international humanitaire et droit international pénal.

À la suite d'une défiguration du « droit des gens », le droit international a originellement été considéré et structuré comme un « droit entre États »³⁰. Historiquement, cette étape

30 Il s'agit du droit international traditionnel, issu de la Paix de Westphalie (1648) et consolidé lors du Congrès de Vienne (1815) et la Première guerre mondiale (1914-1918). C'est un ordre juridique régulateur des relations de coexistence et de coopération entre États souverains. Il présente les traits suivants : 1) les normes y relatives sont le produit du consentement de l'État, 2) elles ont pour fonction de leur conférer des droits et des devoirs réciproques et 3) en raison de l'absence de hiérarchie entre elles, les États peuvent modifier ces normes par de nouveaux accords. Juan Antonio Carrillo Salcedo synthétise de la manière suivante les traits distinctifs de cet ordre juridique traditionnel : *volontarisme* (ses normes étant issues de la volonté expresse ou tacite des États), *relativisme* (pour qu'une obligation lie l'État, ou pour qu'une situation produise des effets juridiques à son égard, il est nécessaire que cet État ait participé à sa création ou

de l'évolution du droit international correspond à celle de la personnification de l'État au XIX^e siècle et de son prétendu monopole de la personnalité juridique internationale³¹. Si bien que la personnalité juridique étatique « existe toujours sans qu'il soit nécessaire de la démontrer »³². Selon cette conception classique, seuls les États pouvaient détenir la qualité de sujet de droit international. Cet étatisme volontariste trouve un écho particulier dans l'arrêt *Lotus* de la Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI) déclarant que « *le droit international régit les rapports entre États indépendants* »³³. Un certain « stato-centrisme » de la subjectivité juridique internationale qui a modulé pendant un certain temps la compréhension du droit international. L'individu, n'étant pas membre de cette « société inter-étatique », ne peut avoir de protection ou de responsabilité juridique internationale que par l'intermédiaire de l'État auquel il est rattaché³⁴. À défaut de se voir conférer une compétence internationale véritable, l'individu pouvait tout au plus être objet de protection dans le droit international.

l'ait reconnue), *neutralité* (ce droit international reste dépourvu de toute aspiration idéologique ou axiologique), *positivisme* (ce droit est conçu comme un ensemble de normes juridique de *lex lata*, à l'exclusion des règles morales ou d'aspirations de *lega ferenda*). Cf. J. A. CARRILLO SALCEDO, *El Derecho Internacional en perspectiva histórica*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 39 et s.

- 31 A. A. CANÇADO TRINDADE, « Préface », in *Evolution du droit international au droit des gens. L'accès des individus à la Justice Internationale. Le regard d'un juge*, Pedone, Paris, 2008, p. 7.
- 32 C. BEREZOWSKI, « Les problèmes de la subjectivité internationale », *Mélanges offerts à J. Andrassy*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1968, p. 36.
- 33 C.P.J.I., *Lotus (France c. Turquie)*, arrêt du 27 septembre 1927, Série A, no 10, p. 18.
- 34 Que l'on se souvienne de l'affaire *Concessions Mavrommatis* (1924), où la Cour Permanente de Justice Internationale rappelait qu'au cas où l'État daigne octroyer la protection diplomatique, il ne fait valoir que son propre droit, « le droit qu'il a de faire respecter, en la personne de ses ressortissants, le droit international ». Cf. CPJI, *Concessions Mavrommatis (Grèce c. Royaume-Uni)*, 30 août 1924, *Rec.*, p. 12.

Pourtant en 1945, avec l'adoption de la Charte des Nations Unies, un nouvel élan se fait jour. L'homme semble bien en effet y occuper une place, et fondatrice de surcroît, dans la mesure où dès le Préambule de la Charte, le vocabulaire utilisé semble confirmer cette hypothèse³⁵. Outre le fait d'être proclamée par les peuples et non par les États (« *Nous, peuple des Nations Unies ...* »), la Charte affirme aussi « *la foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droit des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites* ». Cette nouvelle conscience juridique universelle a été cristallisée dans les Déclarations Universelle et Américaine des droits de l'homme en 1948. Elle s'est ensuite développée, et conventionnellement, de manière spectaculaire afin de former le vaste *corpus juris* de protection des droits de l'homme aujourd'hui existant. Ce développement n'a pas seulement été normatif mais institutionnel également. Ce mouvement a entraîné le droit international dans une certaine « contemporanéité ». En effet, la mise en œuvre et l'expansion de ce *corpus juris* de protection de la personne a eu un impact sensible sur les préoccupations du droit international public contemporain.

Une des caractéristiques de ce droit international public contemporain est donc la consolidation de la subjectivité juridique de l'individu³⁶. Le juge A. Cançado Trindade

35 Au constat de ce ton, Pierre-Marie Dupuy s'interroge sur le fait de savoir si cette nouvelle place faite à l'individu par le droit international a substantiellement fait évoluer le droit international, jusqu'à provoquer un enrichissement sinon un déplacement des fondements sur lesquels il s'appuie. Cf. P. M. DUPUY, « L'individu et le droit international (Théorie des droits de l'homme et fondements du droit international) », *Archives de philosophie du droit*, SIREY, Tome 32, 1987, pp. 121 et 122.

36 J. P. PÉREZ-LEÓN, « El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo », *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, p. 509.

interprète ce développement comme un retour aux origines historiques du droit des gens³⁷. L'avènement de ce nouveau *jus gentium* met l'accent sur la personne humaine et, en définitive, sur l'humanité, où les États et les organisations internationales ne sont plus les seuls sujets du droit international dotés d'une capacité juridique internationale³⁸. Conséquemment, il s'agit d'un processus d'*humanisation* de l'ordre international intégrant peu à peu l'individu et les peuples, s'écartant par là, quelque peu, et progressivement, de l'exclusivisme des États en tant que seuls sujets de droit international³⁹.

Par le biais du droit international des droits de l'homme, l'individu devient *sujet actif du droit international*. Il est titulaire d'un catalogue de droits subjectifs internationalement définis, expression substantielle de la prise en compte sa subjectivité juridique dans cet ordre juridique. Cette première dimension fait surtout de l'individu un véritable « sujet des droits ». Mais

37 A. A. CANÇADO TRINDADE, « La persona humana como sujeto del derecho internacional : avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI », *Revista IIDH*, Vol. 46, p. 288.

38 A. A. CANÇADO TRINDADE, *Le droit international pour la personne humaine*, Pedone, Paris, 2012, p. 58.

39 Pour Carrillo Salcedo, c'est un triple processus qu'expérimente le droit international depuis le début du XIX siècle. Un processus d'*institutionnalisation*, conséquence du développement des organisations internationales, aussi bien universelles que régionales. Un processus de *socialisation*, en raison de la croissance de relations sociales et humaines, plus complexes que les relations politiques traditionnelles entre États souverains. Un processus d'*humanisation*. Si le droit international traditionnel maintient certains aspects traditionnels, il n'en demeure pas moins que ces processus de changement ont apporté de nouveaux traits au droit international contemporain. Lesquels traits ont rapproché le droit international, dans certains de ses domaines et dans une certaine mesure, à un droit des gens, tel que celui conçu par l'un des pères fondateurs, le dominicain espagnol Francisco de Vitoria. Cf. J. A. CARRILLO SALCEDO, *Souveraineté des États et droits de l'homme en droit international contemporain*, Dalloz, Paris, 2016, pp. 3 et 4.

par dessus tout, et c'est là l'élément essentiel de l'activation de sa personnalité juridique, l'individu dispose également d'une certaine capacité d'agir devant les instances internationales en charge du contrôle de la protection desdits droits subjectifs. On garde en tête non seulement l'adoption du système de pétitions individuelles dans le cadre onusien des traités de droits de l'homme, mais surtout le cadre des mécanismes régionaux de protection des droits de l'homme instituant de véritables juridictions internationales de droits de l'homme⁴⁰. Cette deuxième dimension du droit international des droits de l'homme permet de conclure l'idée de la qualité de « sujet de droit » de l'individu dans les systèmes juridiques considérés.

En plus, le droit international pénal, en retenant sa responsabilité pénale internationale, amène à penser l'individu comme *sujet passif de droit international*. La doctrine juridique contemporaine observe donc l'existence d'obligations attribuées par le droit international lui-même directement aux individus. Les violations graves des droits, reflétés dans les crimes contre l'humanité, entraînent la responsabilité pénale individuelle, indépendamment de ce que dispose le droit interne en la matière. *Sujet actif* devant les tribunaux internationaux des droits de l'homme, *sujet passif* devant les tribunaux pénaux internationaux, la reconnaissance subjective de l'individu comme sujet de droit est actée dans l'ordre juridique international contemporain.

40 Ce niveau de protection se veut particulièrement incisif en ce sens que les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme (européen, américain et africain) ont institué de véritables tribunaux internationaux comme organes de contrôle du respect des droits et libertés. Un caractère juridictionnel qui manque au système universel (onusien) de protection des droits de l'homme.

II. Le droit interaméricain des droits de l'homme

Le droit interaméricain des droits de l'homme est le produit du dispositif normativo-institutionnel mise en œuvre dans le cadre du mécanisme interaméricain de protection des droits de l'homme, issu de l'Organisation des États Américains (OEA). Il s'agit de la régulation du respect des droits de l'homme dans le cadre relationnel des sujets de droit interaméricain⁴¹. Dit autrement, c'est le droit des relations des acteurs du système interaméricain des droits de l'homme. Il découle prioritairement du *corpus juris* interaméricain des droits de l'homme⁴², interprétés par des organes habilités, mais aussi de la pratique des acteurs en jeu, configurant ainsi l'ordre interaméricain des droits de l'homme. Sans entrer dans une analyse détaillée des particularités institutionnelles et normatives du système interaméricain, il importe de renseigner ses principales caractéristiques⁴³. Les traits normativo-institutionnels (1) et

41 Pour une typologie des sujets de droit interaméricains y relatifs voir *infra*. (Section II-2).

42 Ce *corpus juris* comprend la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, la Convention américaine des droits de l'homme, les protocoles à la Convention, les traités ou conventions spécialisées, les statuts et les règlements de la Commission et de la Cour interaméricaines.

43 Pour une bibliographie très succincte, voir entre autres: **Pour une évolution historique du système**, voir K. VASAK, *La Commission interaméricaine des droits de l'homme*, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, George Burdeau, Tome XXXV, L.G.D.J., 1968, 285 p. ; B. SANTOSCOY, *La Commission interaméricaine des droits de l'homme et le développement de sa compétence par le système des pétitions individuelles*, PUF, Paris, 1995, 209 p. ; A. A. CANÇADO TRINDADE, « Le système interaméricain de protection des droits de l'homme : état actuel et perspectives à l'aube du XXIème Siècle », in *Le droit international pour la personne humaine*, Pedone, Paris, 2012, pp. 169-202; F. QUISPE REMÓN, « Evolución normativa de la protección de los derechos humanos en el sistema interamericano », *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 3, Nº 2, 2009, pp. 147-181. **Pour des aspects plus généraux du système** voir, H. FAUNDEZ LEDESMA, *El sistema interamericano de protección*

procéduraux (2)⁴⁴ du mécanisme interaméricain configurent sa spécificité. Le système participe à hisser l'individu en sujet de droit international (3).

1) Particularités normative et institutionnelle

Le mécanisme interaméricain se caractérise par un double dualisme, normatif et institutionnel. Le dualisme normatif est configuré en un système déclaratoire, avec la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme (DADDH), et un système conventionnel, avec la Convention américaine des droits de l'homme (CADH) et les autres traités interaméricains. La flexibilité liée à la clause facultative, au niveau conventionnel,

de Los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales, IIDH, 3 ed., San José, 2004, 1053 p ; L. HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 737 p ; L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Pedone, Paris, 2009, 416 p ; T. BUERGENTHAL et D. SHELTON, *Protecting Human in the Americas. Cases and Materials*, 4 ed., International Institute of Human Rights, Strasbourg, 1995, 692 p ; A. DIAZ-BASTIEN VARGAS-ZUNIGA, *El acceso al sistema interamericano de derechos humanos*, UBIJUS, México, 2014, 143 p. **Pour approfondir la jurisprudence** des organes de protections du système, outre les sites des deux organes, Commission (www.cidh.oas.org), la Cour (www.corteidh.org.cr), mais aussi : F. CASTILLO VÍQUEZ, O. RODRÍGUEZ LOAIZAL y G. ARGUEDAS RODRÍGUEZ, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Anotada y concorda con la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Heredia, C.R: Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, 2013, 676 p ; L. BURGUOGUE-LARSEN et A. UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008, 995 p ; H. TIGROUDJA et I. K. PANOUSSIS, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme. Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruylant, Bruxelles, 2003, 330 p.

44 Les éléments qui vont être développés trouveront leurs compléments au niveau de la section IV (concernant les niveaux d'engagements des États).

crée un régime pluriel d'engagements des États dans le système⁴⁵. Quant au dualisme institutionnel, il faut voir la conjugaison de deux organes de contrôle : un organe quasi-judiciaire (la Commission interaméricaine des droits de l'homme, créée en 1959) et un organe judiciaire (la Cour interaméricaine des droits de l'homme, créée en 1969 mais instituée en 1979)⁴⁶. Cette configuration particulière s'explique du fait que le système interaméricain est le résultat d'une forme de construction institutionnelle où des arrangements provisoires ont été maintenus de manière permanente en raison de considérations politiques et stratégiques régionales⁴⁷. La stabilité actuelle du système est également la conséquence d'une adaptabilité et d'une créativité hors du commun qui ont toujours caractérisé la fabrication du droit au sein des Amériques⁴⁸.

Le régime déclaratoire ressort essentiellement de l'activité de la Commission interaméricaine⁴⁹, première expression institutionnelle du mécanisme interaméricain des droits de l'homme. Si la compétence de la Commission pour recevoir des pétitions individuelles n'est pas soumise à une déclaration

45 Pour plus de détails de cette configuration de ce régime multiple d'engagements, voir *infra* (Section IV).

46 Tous deux composés de sept (7 membres) et ne sont pas des organes permanents car fonctionnant au rythme de quatre sessions annuelles.

47 L. HENNEBEL, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme : entre particularisme et universalisme », in L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Pedone, Paris, 2009, p. 76.

48 L. BURGORGUE-LARSEN, « De quelques "plus values" du système interaméricain des droits de l'homme. Réflexions comparées », *op. cit.*, p. 627.

49 Son objectif est de promouvoir le respect et la défense des droits de l'homme et de servir d'organe consultatif à l'OEA en la matière. Aux termes de l'article 1 de son Statut, les droits de l'homme renvoie aux droits définis par la CADH (pour les États parties) et aux droits consacrés par la DADDH (pour les autres États membres).

d'acceptation, en revanche celle en matière d'examen de requête inter-étatique doit être acceptée par les États (art. 44 de la CADH). D'une part, à l'égard de tous les États membres, la Commission doit stimuler la prise de conscience des droits de l'homme au sein des Amériques. Elle peut faire des recommandations aux gouvernements d'adopter des mesures progressives en faveur des droits de l'homme. À la demande des États, la Commission peut émettre des avis qu'ils sollicitent sur des questions relatives aux droits de l'homme. D'autre part, à l'égard des États qui ne sont pas parties à la Convention, la Commission examine les communications qui lui sont adressées. Le caractère déclaratoire de l'action de la Commission tient au fait que les décisions rendues dans le cadre de la procédure de pétition individuelle ne sont pas revêtues de l'autorité de la force jugée. D'ailleurs à cet égard, la Cour interaméricaine n'a pas manqué de souligner que la Commission n'est pas un organe judiciaire⁵⁰.

Si le régime conventionnel implique aussi l'action de la Commission interaméricaine (phase non-judiciaire), elle repose en dernier ressort sur la Cour interaméricaine, « ultime interprète de la Convention américaine »⁵¹. L'activité contentieuse de la Cour se concrétise à travers ses quatre fonctions juridictionnelles : consultative, contentieuse, préventive et exécutive. En effet, la Cour, au regard de l'article 64 de la CADH, répond, au moyen d'avis consultatif, aux demandes présentées par tous les États membres de l'OEA (pas seulement ceux qui sont parties à la Convention)⁵². Les avis consultatifs participent dans

50 Corte IDH, *Asunto de Viviana Gallardo y otros*, Decisión de 13 de noviembre de 1983, Serie A Nº 101/81, párr. 24.

51 Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C Nº 154, párr. 124.

52 Pour des analyses approfondies de la fonction consultative de la Cour interaméricaine, voir entre autres : Corte IDH, « *Otros Tratados* » *Objeto de la*

la détermination du profil de la "doctrine jurisprudentielle" de la Cour et dans la définition de l'ordre juridique positif interaméricain⁵³. Quant à sa fonction contentieuse, elle permet à la Cour d'être saisie de litiges contre les États ayant reconnu sa juridiction contentieuse (clause facultative de l'article 62.1 et 62.3 de la CADH). Elle rend à cet égard des arrêts définitifs, contraignants, au premier chef, aux parties au litige. La fonction préventive de la Cour se mesure par sa faculté d'édicter des mesures provisoires⁵⁴ (art. 63.2 de la CADH). Il s'agit de mesures préventives visant à préserver des droits juridiquement protégés, susceptibles de subir de graves préjudices et dont la violation pourrait entraîner des dommages irréparables. La Cour peut adopter de telles mesures aussi bien lorsqu'elle est saisie, que lorsque l'affaire est encore pendante devant la Commission. Enfin, contrairement à la Convention européenne⁵⁵, la Convention américaine ne prévoit pas l'intervention d'un organe politique afin d'assurer la supervision de l'exécution des arrêts de la Cour interaméricaine. Face à ce vide, la Cour interaméricaine

*Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión consultiva de 24 de septiembre de 1982, Serie A Nº 1 ; M.-C. RUNAVOT, « La fonction consultative de la Cour interaméricaine des droits de l'homme : splendeurs et misères de l'avis du juge interaméricain », in L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, op. cit., p. 121-149.*

53 S. GARCÍA RAMÍREZ, « Prologue. Vue d'ensemble de la juridiction interaméricaine : vers une consolidation du Système », in L. BURGORGUE-LARSEN et A. ÚBEDA de TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, op. cit., p. XXI.

54 Voir, S. GARCÍA RAMÍREZ, « Las medidas provisionales en la jurisdicción interamericana », in *La Jurisdicción interamericana de derechos humanos (Estudios)*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2006, pp. 239-260.

55 Conformément à l'article 46.2 de la Convention européenne des droits de l'homme, « l'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution ».

va exercer elle-même cette fonction exécutive. En effet, la juridiction interaméricaine, interprète l'article 65 de la CADH comme lui conférant, implicitement mais nécessairement, le pouvoir de superviser l'exécution des arrêts⁵⁶. De plus, suivant les articles 62.1 et 62.3, la Cour est compétente pour connaître de toutes questions relatives à l'interprétation ou à l'application de la Convention. Suivant la Cour, la supervision de l'exécution des arrêts ressort des questions visées à l'article 63⁵⁷.

2) Particularité procédurale

Cette particularité ressemble assez globalement aux traits du mécanisme européen des droits de l'homme avant l'entrée en vigueur du Protocole 11. Nous nous limiterons essentiellement au relationnel Commission/Cour interaméricaines dans la mise en œuvre du mécanisme.

Dans le contentieux interaméricain des droits de l'homme, le passage devant la Commission est obligatoire, sous peine de dénaturer l'intégrité du système⁵⁸. Au niveau procédural, le système présente une nature scindée mettant en scène non

56 Corte IDH, *Baena Ricardo y otros c. Panamá*, Competencia, Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Serie C Nº 104, párr. 90.

Il faut rappeler que l'article 30 du Statut de la Cour prévoit la possibilité pour la Cour de soumettre à l'examen de l'Assemblée générale de l'OEA un rapport portant sur ses activités de l'année antérieure les affaires dans le cadre desquelles l'État n'aurait pas exécuté ses arrêts tout en formulant les recommandations qu'elle estime pertinentes. Dans cette affaire *Baena Ricardo* (para. 101), la Cour estime que pour attirer l'attention de l'Assemblée générale de l'OEA sur les arrêts non exécutés, il était nécessaire de connaître l'état d'exécution de ses arrêts, d'où la phase de supervision.

57 *Ibid.* párr. 92-93.

58 Cf. Corte IDH, *Asunto de Viviana Gallardo y otros*, Decisión de 13 de noviembre de 1983, Serie A Nº 101/81.

seulement deux phases dans la procédure impliquant deux organes aux rôles essentiels (la Commission et la Cour), mais également, un dédoublement entre pétitionnaires et victimes, entre requérants potentiels et requérants réels ; en définitive, un recoupement imparfait entre ceux qui sont habilités à présenter une requête et ceux qui sont les victimes des violations alléguées⁵⁹. Il y a là la coexistence d'une procédure d'action (saisine de la commission par la personne qui se prétend victime) à une procédure de dénonciation (saisine de la Commission par toute personne ayant connaissance d'une violation).

Il faut surtout préciser que ces deux phases ne se succèdent pas nécessairement. *Primo*, s'il s'agit d'allégations de violations concernant la Déclaration américaine et *a fortiori* d'États n'ayant pas ratifié la Convention américaine et/ou accepté la compétence contentieuse de la Cour, l'instance reste dans le régime déclaratoire ou dans la phase non-judiciaire. *Secundo*, même si les allégations concernent des droits conventionnels et que l'État en cause ait ratifié la Convention américaine et accepté la juridiction contentieuse de la Cour, l'instance peut être également close à la phase non-judiciaire si ni la Commission ni l'État en cause ne saisissent la Cour. Cette réalité procédurale implique un dédoublement de la Commission.

Qu'importe sa configuration, le droit interaméricain n'est que la mise en œuvre régionale de l'idée de protection internationale de la personne.

59 L. BURGORGUE-LARSEN et A. ÚBEDA de TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, op. cit., p. 125.

3) La subjectivité internationale de l'individu dans la régionalisation interaméricaine des droits de l'homme

Le droit interaméricain n'est que la traduction régionale du mouvement général du droit international des droits de l'homme. En cela, elle est une manifestation de plus de la consécration/consolidation de la subjectivité internationale de l'internationale dans l'ordre juridique international. La subjectivité de l'individu est consacrée par l'ensemble du *corpus juris* interaméricain qui en fait sans conteste un véritable « sujet des droits ». Par dessus tout, la capacité d'agir reconnu à l'individu ne lui confère pas moins, dans une certaine mesure, la personnalité juridique internationale, expression de sa qualité de « sujet de droit » reconnue tant par les États que par la Cour interaméricaine elle-même.

Les travaux préparatoires de la CADH témoignent de la conscience des États de reconnaître le changement de perspective qu'implique le contrôle supranational des droits de l'homme. On retrouve cette référence furtive dans les observations et commentaires du gouvernement argentin sur le projet de la « Convention américaine de protection des droits de l'homme », où il soulignait que le droit de pétition individuelle contenu dans l'article 33 reconnaît à la personne le caractère de "Sujet International Direct", en permettant à l'individu de dénoncer son État devant la Commission⁶⁰. La qualité du sujet de droit est, dans cette optique, approchée par sa capacité d'action. En effet, l'article 44 de la CADH reconnaît la possibilité pour toute personne ou tout groupe de personnes, toute entité non

60 OEA, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos*, OEA/Ser.K/XVI/1.2, Secretaria General Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., p. 47.

gouvernementale et légalement reconnue dans un ou plusieurs États membres de l'Organisation de soumettre à la Commission des pétitions contenant des dénonciations ou plaintes relatives à une violation de la présente Convention par un État partie.

Il faut relever que la Cour interaméricaine parle aussi de l'individu en tant que sujet de droit international. Dans l'affaire *Ximenes Lopes c. Brasil*, elle précise qu'« *il ne suffit pas que les États s'abstiennent de violer les droits, mais qu'il est impératif d'adopter des mesures positives, déterminables en fonction des besoins particuliers de la protection du sujet de droit, soit en raison de leur condition personnelle, soit en raison de la situation personnelle spécifique dans lequel il se trouve* »⁶¹. D'aucuns pourront objecter, à juste titre *a priori*, que la Cour interaméricaine parle ici de l'individu en tant que sujet de droit interne, en ce sens que l'État se doit d'adapter le cadre de protection de ses sujets (et donc des individus se trouvant sous sa juridiction) aux situations particulières dans lesquelles ils se trouvent. En effet, dans cette affaire, la Cour interaméricaine pointait la nécessité pour les États d'assurer une protection spéciale des personnes en situation de vulnérabilité se trouvant sous leur juridiction. Néanmoins, la Cour interaméricaine ne se fait pas une opinion autre de l'individu dans l'ordre juridique international. Elle considère en effet que « *l'existence des droits reconnus dans la Convention correspond à la nature même des êtres humains comme sujet de droit* »⁶². Plus précisément, dans

61 Corte IDH, *Ximenes Lopes c. Brasil*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C Nº 146, párr. 103. (Souligné par nous).

62 Corte IDH, *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención americana sobre derechos humanos, así del artículo 8.1 a y b del Protocolo de San Salvador)*, Opinión consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, párr. 108. (Souligné par nous).

l'affaire les *Cinq Pensionnés c. Pérou*, elle s'était exprimée sans équivoque : « (...) *Ce sont eux [les requérants] qui sont titulaires de tous les droits consacrés par la Convention américaine, et soutenir le contraire serait une restriction impropre à leur condition de sujet de droit international des droits de l'homme...* »⁶³. Cette mention explicite ne laisse point de doute quant à la vision du juge interaméricain : le « sujet des droits » est également « sujet de droit » dans le droit interaméricain des droits de l'homme. Toutefois, le deuxième n'étant pas une qualité exclusive du premier.

III. De la distinction entre « titulaire des droits » et « sujet de droit » dans le droit interaméricain

Le titulaire des droits et libertés n'épuise pas la qualité de sujet de droit. L'approche du sujet de droit par la personnalité juridique permet d'observer une pluralité de sujets de droit dans le système interaméricain des droits de l'homme. Dans la droite intuition de la CIJ, les sujets de droit dans un ordre juridique ne résultent pas nécessairement identiques dans leur nature et dans leur extension ; leur nature dépend des nécessités de la communauté internationale⁶⁴. Dans ce sens, si la personne humaine est le titulaire de principe des droits (1), d'autres acteurs disposent d'une personnalité juridique, leur conférant *de jure* un rôle dans la dynamique de l'ordre juridique interaméricain des droits de l'homme (2).

63 Corte IDH, *Cinco Pensionistas c. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C Nº 98, párr. 155. (Souligné par nous).

64 CIJ, *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies*, *op. cit.*, p. 148.

1. La titularité quasi-exclusive des droits et liberté par l'individu

Quel est l'homme du droit interaméricain des droits de l'homme ? Cette question est relative au titulaire des droits et libertés du système de protection interaméricain. Une tentative de réponse est perceptible dans la Convention américaine, lorsqu'elle précise, en son article 1.2, qu'elle reconnaît des droits et libertés aux personnes qui s'entendent comme *tout être humain*. *A priori*, le droit interaméricain est exclusivement centré sur l'individu, personne naturelle. À cet égard, L. Hennebel parle de la « subjectivisation du droit interaméricain »⁶⁵. *A contrario*, les personnes morales ne sont pas considérées comme étant titulaires des droits de la Convention⁶⁶. En revanche, les groupements et les communautés, notamment indigènes et tribaux, sont devenus, au fil de l'interprétation de la Cour, titulaires des droits de la Convention⁶⁷. La Cour interaméricaine, généralement non

65 L. HENNEBEL, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme : entre particularisme et universalisme », *op. cit.*, p. 79.

66 Le droit interaméricain des droits de l'homme se distingue à cet égard du droit européen des droits de l'homme qui protège également les personnes morales (Article 1 du premier protocole) et du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale. Cf. Corte IDH, *Cantos c. Argentina*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 7 de septiembre de 2001, Serie C Nº 85, párr. 29. Néanmoins, il importe de nuancer que du point de vue la Cour interaméricaine si les personnes morales ne peuvent avoir qualité de victimes dans le contentieux interaméricain, les individus les composant doivent pouvoir, en tant qu'être humain, se prévaloir de la protection de la Convention américaine.

67 En effet, la jurisprudence de la Cour interaméricaine a évolué sur cette question. Alors que depuis l'affaire *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua* (2001) jusqu'à l'affaire *Comunidad Indígena Xákmok kásek c. Paraguay* (2010), la Cour interaméricaine, en déclarant les violations des droits de l'homme relatives aux communautés indigènes ou tribales, considérait ces violations uniquement comme celles des sujets de droit membres des communautés et non comme celles de ces communautés elles-mêmes. Cependant en 2012, dans l'affaire *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Equateur*, la Cour a reconnu pour la première

littéraliste, s'était pourtant limitée, dans un premier temps, à une interprétation textuelle stricte de cette disposition relativement aux personnes morales. Dorénavant, l'avis consultatif № 22 de la Cour interaméricaine synthétise la question⁶⁸. Elle affirme en effet que les droits de l'homme appartiennent principalement aux personnes naturelles (*i.e.*, les êtres humains individuels), et que ces droits ne s'appliquent aux personnes juridiques (les entités légalement formées) que lorsque ceci est nécessaire pour concrétiser les droits des personnes naturelles les composant⁶⁹. Néanmoins, dans le but de protéger et de promouvoir de manière effective les droits de l'homme, la Cour interaméricaine considère que les communautés indigènes et tribaux peuvent être titulaires de droits collectifs. Réaffirmant sa jurisprudence des affaires des peuples indigènes, la Cour précise que certains droits des communautés indigènes et tribaux ne peuvent être exercés que de façon collective et doivent avoir des conséquences collectives qui ne peuvent être réduites simplement au niveau des victimes individuelles dans des affaires spécifiques⁷⁰. Enfin, la Cour souligne que le fait pour les personnes morales de ne pas être titulaires de droits de l'homme ne veut pas nécessairement

fois comme titulaires des droits protégés dans la Convention, non seulement les membres d'une communauté indigène mais également celle-ci. Pour arriver à une telle position, la Cour interaméricaine a tenu compte du fait qu'au niveau international, divers traités et la jurisprudence d'autres organes internationaux ont soutenu la titularité de droits par les communautés indigènes.

68 Corte IDH, *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención americana sobre derechos humanos, así del artículo 8.1 a y b del Protocolo de San Salvador)*, Opinión consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, Solicitada por la República de Panamá.

69 *Ibid.*, párr. 106.

70 Voir l'arrêt d'importance sur la question. Corte IDH, *Comunidad Moiwana c. Suriname*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C № 124.

dire qu'une personne naturelle ne peut pas chercher recours à travers le système interaméricain pour la défense de ses droits fondamentaux, quoique ceux-ci soient exercés exclusivement via une personne juridique⁷¹. Comme le démontre l'exemple des communautés indigènes, ce recours peut être disponible dans des circonstances déterminées, dépendant des droits spécifiques en cause. Autrement dit, la non-reconnaissance de droits de l'homme aux personnes juridiques n'établit pas une prohibition totale des pétitions des individus alléguant la violation de leurs droits conventionnels, dans les affaires où l'exercice desdits droits soit conduit exclusivement à travers une personne juridique, cela est dû au fait que chaque droit de la Convention requiert une analyse particulière relative à son contenu et la forme de sa concrétisation⁷².

Très certainement, cette centralisation du système interaméricain des droits de l'homme autour de la personne humaine est assez représentative d'une certaine conception de l'homme des droits de l'homme⁷³. La Cour interaméricaine

71 Corte IDH, *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención americana sobre derechos humanos, así del artículo 8.1 a y b del Protocolo de San Salvador)*, Opinión consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, párr. 107 et 108.

72 Par exemple, le type de droits dont peut être titulaire devant les organes de protection un individu exerçant via une personne juridique sont des droits qui impliquent une connexion entre les êtres humains et la société (juridique), sont: le droit à la propriété privée, à la liberté d'association, à avoir une nationalité, etc. En revanche, les droits impliquant les fonctions vitales, physiques ou psychologiques de l'être humain, tels que le droit à la vie, à la liberté personnelle ou à l'intégrité personnelle, ne rentrent pas ordinairement dans la qualification du type de droits que la Cour considérerait comme étant exercés par un individu via une personne juridique. *Ibid.* párr. 111.

73 L. HENNEBEL, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme : entre particularisme et universalisme », *op. cit.*, p. 79.

reste, en effet, attachée à la philosophie naturaliste sous-jacente au texte conventionnel précisant que « *les droits fondamentaux de l'homme ne découlent pas de son appartenance à un État donné, mais reposent sur les attributs de personne humaine [...]* »⁷⁴. Toutefois, si ce statut privilégié de l'individu représente le fondement substantiel de la raison d'être du mécanisme de protection, du point de vue du droit processuel, notamment de la qualité d'agir, et de la dynamique fonctionnelle du système, il est opportun d'observer l'existence d'autres sujets de droit.

2. Typologie des sujets de droit dans le droit interaméricain

Le contentieux interaméricain des droits de l'homme permet d'observer différents sujets de droit suivant leur fonction (capacité) juridique. Par cette approche, le sujet de droit n'est autre que la personne (au sens juridique) impliquée dans toutes les fonctions que lui assigne le droit. Dans cet ordre d'idées, la personnalité juridique n'est pas seulement l'aptitude à recueillir des droits subjectifs et à en subir ceux d'autrui mais, beaucoup plus largement la vocation à être pris en compte dans les diverses situations définies et régies par le droit⁷⁵. En effet, du rapport naît le sujet de droit, il n'a pas d'existence en dehors du rapport, car il est une fonction de ce rapport⁷⁶. Le sujet de droit est ainsi la représentation d'un personnage sur la scène du droit, sa personnalité juridique est donc son action sur cette scène.

74 Préambule de la Convention américaine des droits de l'homme, deuxième paragraphe.

75 F. RENUCCI, « Le mineur poursuivi, sujet du droit pénal? », in J.-H. ROBERT et S. TZITZIS (dir.), *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, PUF, Paris, 2003, p. 104.

76 R. MARTIN, « Personne et sujet de droit », *R.T.D. civ.*, 1981, p. 789.

C'est à la lumière de ces précisions qu'il convient d'esquisser une typologie des sujets de droit du droit interaméricain des droits de l'homme. Ce droit crée alors un rapport juridique entre plusieurs sujets de droit. C'est une certaine capacité d'agir qui semble être le critère commun à tous ses sujets.

Trois dispositions de la Convention américaine permettent d'identifier les catégories habilitées à agir devant les organes interaméricains. Les art. 44 et art. 45.1 relatifs aux faits soumis devant la Commission interaméricaine, et l'art. 61.1 pour les affaires déferées devant la Cour interaméricaine.

Art. 44 : « Toute personne ou tout groupe de personnes, toute entité non gouvernementale et légalement reconnue dans un ou plusieurs États membres de l'Organisation peuvent soumettre à la Commission des pétitions contenant des dénonciations ou plaintes relatives à une violation de la présente Convention par un État partie. »

Art. 45.1 : « Tout État partie peut, au moment du dépôt de son instrument de ratification ou d'adhésion, ou ultérieurement, déclarer qu'il reconnaît la compétence de la Commission pour recevoir et examiner les communications dans lesquelles un État partie prétend qu'un autre État partie a violé les droits de l'homme énoncés dans la présente Convention. »

Art. 61.1 : « Seuls les États parties à la présente Convention et la Commission ont qualité pour saisir la Cour. »

À cet égard, il revient de distinguer trois types de sujets de droit dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme : un sujet-titulaire, un sujet-débiteur et un sujet-agent⁷⁷.

77 Comme toute typologie, la nôtre n'est pas dépourvue d'arbitraire.

- *Le sujet-titulaire*

Nous le qualifions ainsi en raison du fait qu'en plus de disposer d'un droit d'action dans le système interaméricain, celui-ci est titulaire des droits et libertés consacrés dans la Convention américaine (plus largement du *corpus juris* interaméricain). C'est le sujet des droits : l'individu et la Communauté indigène ou tribale. En effet, dans la première phase du contentieux interaméricain de droits de l'homme, conformément à la teneur de l'art. 44, ci-dessus mentionné, les individus ont la possibilité d'être pétitionnaire devant la Commission interaméricaine, c'est-à-dire qu'ils ont la capacité de déposer une plainte devant cet organe interaméricain, sans condition d'âge, de nationalité ou toute autre exigence que d'être une personne, ce qui pour la Convention correspond à tout être humain⁷⁸. De plus, le choix de la notion « toute personne »⁷⁹ ouvre le champ non seulement à la victime, mais également à tout être humain ayant ou non relation avec la victime. Cette disposition fait, à cet égard, coexister un droit d'action de la victime ou de ses proches et un droit de dénonciation⁸⁰.

Comme nous l'avons souligné *supra*, à côté des individus, titulaires des droits et libertés conventionnels, se trouvent les Communautés indigènes et tribales qui au fil de la jurisprudence interaméricaine sont devenues également titulaires des droits et libertés ainsi protégés. D'ailleurs bien avant d'être reconnus titulaires de droits, ce qui ne fait que renforcer leur qualité de sujet de droit, étant donné que ce droit de pétition

78 A. DÍAZ-BASTIEN VARGAS-ZÚÑIGA, *El acceso al sistema interamericano de derechos humanos*, UBIJUS, México, 2014, p. 32 y 33.

79 Physique ou morale, mais conformément à l'intitulé sujet-titulaire, c'est la personne physique qui nous intéresse, ici. Quant à l'aspect personne morale nous l'aborderons sous la catégorie de sujet-agent.

80 H. TIGROUDJA et I. K. PANOUSSIS, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme. Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, *op. cit.*, p. 105.

leur était déjà reconnu, en ce sens que l'individu est envisagé par la Cour interaméricaine de façon compréhensive, *i.e* pris individuellement, en groupe ou encore institutionnellement⁸¹. Le dépôt de plainte du sujet-titulaire fait intervenir un autre sujet : le sujet-débiteur.

- *Le sujet-débiteur*

Ce sujet se caractérise d'une part, en son caractère débiteur, par sa capacité à être condamné par les organes interaméricains, en ce que sa conduite n'a pas été jugée interaméricano-compatible. Mais d'autre part et surtout, il détient la capacité de déclencher le procès international⁸². Toutefois, si l'État est automatiquement obligé à la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, et donc *de jure* soumis, par cet instrument, au contrôle de la Commission, du fait de son appartenance à l'OEA, il ne rentre en revanche sous la juridiction de la Cour interaméricaine que par une déclaration facultative d'acceptation de la compétence de cette dernière, conformément à l'article 45.1 de la CADH. Conséquemment, il est habilité à saisir la Cour interaméricaine suivant les termes de l'article 61.1 de la CADH.

81 L. BURGORGUE-LARSEN et A. ÚBEDA de TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 128.

82 Il faut ici distinguer deux scénarii. Le premier renvoie à l'hypothèse de l'article 61.1 relatif à la saisine de la Cour interaméricaine. Dans ce cas, l'État peut saisir cette Cour, alors même qu'il a été défendeur devant la Commission. Dans ce scénario, il reste dans la catégorie de sujet-débiteur. En revanche, et c'est là le deuxième scénario, lorsque l'État présente une communication dénonçant un autre État de violer les droits de la Convention. Dans cette hypothèse, nous ne considérons pas l'État demandeur comme sujet-débiteur, mais plutôt comme sujet-agent, notre troisième type.

Le sujet-agent

Nous parlons de sujet-agent pour qualifier un sujet investi d'un rôle. Il se distingue du sujet-titulaire en ce sens qu'il n'est pas titulaire des droits et libertés conventionnels. De même, dans son rôle, le sujet-agent n'est pas non plus débiteur ; il n'a pas à répondre de la violation des droits devant les organes interaméricains. Néanmoins, le sujet-agent dispose, comme le sujet-titulaire et le sujet-débiteur, de la qualité pour porter une affaire devant les organes interaméricains.

En effet, l'article 44 de la Convention autorise non seulement la victime directe, personne physique, à introduire une pétition, mais également d'autres personnes, physiques ou morales, qui se prétendent ou non victimes des violations alléguées dans la pétition⁸³. En effet, la figure du sujet-agent est incarnée par « toute entité non gouvernementale », par l'État lorsqu'il est demandeur dans les communications inter-étatiques, et par la Commission dans la procédure devant la Cour interaméricaine.

La notion « d'entité non gouvernementale » doit être entendue comme excluant toute « organisation gouvernementale » au sens d'organisme public⁸⁴. Si au préalable, les organes interaméricains se déclarait systématiquement incompétente *ratione personae* à la réception de pétitions venant des personnes morales⁸⁵, ils ont

83 H. TIGROUDJA et I. K. PANOUSSIS, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme. Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, op. cit., p. 98 et 99.

84 L. BURGORGUE-LARSEN et A. ÚBEDA de TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, op. cit., p. 128.

85 Pour la Commission : Com IDH, *Tabacalera Boquerón SA c. Paraguay*, 18 de octubre de 1997, Informe № 47/97, Informe anual de la Comisión interamericana de los derechos humanos, 1997, pp. 29 y ss ; Com IDH, *Meporal SA c. Argentina*, 11 de marzo de 1999, Informe № 39/99, Informe anual de la Comisión interamericana de los derechos humanos, 1998, pp. 308 y s.

assoupli leur position depuis la décision *Cantos c. Argentine*⁸⁶. Après avoir réaffirmé que les personnes juridiques ne sont pas protégées par la Convention, la Cour fait valoir que « *les droits et les obligations attribués à des personnes morales se réfèrent à des droits et des obligations des personnes physiques qui les constituent ou qui agissent en leur nom ou représentation* »⁸⁷.

De même lorsqu'un État présente une communication en vertu de l'article 45 prétendant ainsi qu'un autre État partie a violé les droits énoncés dans la Convention, il ne fait pas valoir la protection de ses droits ou ceux de ses nationaux, mais la défense de l'*ordre public interaméricain*. À travers cette posture, l'État joue son rôle dans la garantie collective des droits et libertés ainsi consacrés.

Quant à la Commission, il faut rappeler sa dualité de fonction: organe quasi-juridictionnel et sujet-agent. En effet, durant la première phase d'un contentieux mettant un État en cause, la Commission fait office d'organe de contrôle. À partir du moment, où l'affaire est déférée, par l'action de la Commission (art. 61.1), à l'appréciation de la Cour interaméricaine, deuxième phase du contentieux, la Commission perd son statut d'organe de contrôle. Elle devient, suivant notre typologie, sujet-agent, en tant qu'elle n'est pas titulaire de droits et encore moins débiteur dans la réalisation de ceux-ci. Ce changement de statut se trouve conforter par le Statut de la Cour interaméricaine⁸⁸ disposant,

Pour la Cour : Corte IDH, *Herrera Ulloa c. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 julio de 2004, Serie C Nº 107, párrs. 99 y 100.

86 Corte IDH, *Cantos c. Argentine*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 7 de septiembre de 2001, Serie C Nº 85.

87 *Ibid.* párr. 27.

88 Statut de la Cour interaméricaine, approuvée par la Résolution Nº 448 adoptée par l'Assemblée générale de l'OEA lors de sa neuvième période de sessions, signée

aux termes de son article 28, que la Commission comparâtra « *comme partie en cause* ».

Le contentieux interaméricain des droits de l'homme permet de constater l'existence de différents sujets de droit aux capacités également différentes. Cette clarification permet de mieux apprécier la condition juridique du sujet-titulaire.

IV. La condition juridique de l'individu : au cœur d'une pluralité de régimes de protection

La structuration de l'ordre juridique interaméricain des droits de l'homme influe directement sur la condition juridique de l'individu. Le système interaméricain est en effet le résultat d'une forme de construction institutionnelle où des arrangements provisoires ont été maintenus de manière permanente en raison de considérations politiques et stratégiques régionales⁸⁹. Au fil de sa construction, se sont créés des niveaux de protection différents relatifs aux différents engagements des États de l'OEA. En effet, à défaut pour le système de parvenir à une « universalisation » ou plutôt une « régionalisation intégrale » sur la continent, il se configure en des sous-systèmes multiples engendrant non seulement une protection multiple⁹⁰, mais également d'intensité variable (1). Cette configuration particulière influe directement sur la condition juridique de l'individu (2).

à la Paz, Bolivie, le 31 octobre 1979 (AG/RES 448[IX-0/79]).

89 L. HENNEBEL, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme : entre particularisme et universalisme », in L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Pedone, Paris, 2009, p. 76.

90 H. FAÚNDEZ LEDESMA, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, IIDH, 2004, 3 ed., pp. 57 y s.

1. La stratification des niveaux de protection dans le système interaméricain

La conventionalisation du système renforce mais surtout redessine le mécanisme interaméricain de protection des droits et libertés. Elle amène la mise en place d'un mécanisme complexe de protection des droits comportant plusieurs niveaux de protection. Ces niveaux de protection renvoient aux différents degrés d'engagements acceptés par les États dans le droit interaméricain des droits de l'homme. Contrairement au système européen, où une des conditions d'adhésion au Conseil de l'Europe est la ratification de la Convention européenne, la ratification de la CADH n'étant pas une condition d'adhésion et encore moins de permanence au sein de l'OEA. Le système interaméricain des droits de l'homme se présente comme un système de protection à géométrie variable. L'entrée en vigueur de la Convention américaine et des autres conventions spécifiques configure quatre niveaux de participation d'engagements des États dans le système interaméricain des droits de l'homme:

- Le premier concerne l'ensemble des États membres de l'OEA. C'est donc un niveau de protection universel et minimal qui se base sur la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* et la *Charte de l'OEA*, sous le contrôle de la Commission interaméricaine.
- Le deuxième regroupe les 23 États membres de l'OEA ayant ratifié la Convention américaine, continuant à être liés à cet instrument. Ces États sont : Argentine, Barbades, Bolivie, Brésil, Chili, Colombie, Costa Rica, Dominique, Equateur, El Salvador, Grenade, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaïque, Mexique, Nicaragua, Panama, Paraguay, Pérou, République Dominicaine, Suriname et Uruguay.

- Le troisième réfère au Groupe des 20 États qui en plus de ratifier la CADH ont également accepté la juridiction contentieuse de la Cour interaméricaine. En effet, des 23 États ayant ratifié la Convention américaine, 3 n'ont pas accepté la juridiction de la Cour interaméricaine : Dominique, Grenade et Jamaïque.
- Le quatrième renvoie au groupe des 7 États ayant ratifié l'ensemble des traités interaméricains de droits de l'homme. Argentine, Costa Rica, Equateur, Mexique, Panama, Paraguay et Uruguay.

La Commission interaméricaine a maintes fois souligné que ce modèle de protection circoncentrique désavantage des millions de personnes en termes de protection internationale de leurs droits⁹¹.

2. Les implications de la stratification du système interaméricain sur la condition juridique de l'individu

La condition juridique de l'individu fluctue en fonction du niveau protection dans lequel se trouve l'État contre lequel l'individu agit. En effet, le régime juridique applicable est différent d'un niveau à un autre. Il varie du déclaratoire ou du quasi-juridictionnel (premier et troisième niveaux) au conventionnel ou juridictionnel (deuxième et quatrième niveau). Mais à cette double dimension doit intervenir une autre, institutionnelle, relative à la mise en œuvre autonome de la personnalité

91 Com IDH, *Informe Anual 2013*, Capítulo IV (a), Ratificación universal de los tratados de derechos humanos, pár. 58 ; Com IDH, *Universalización del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA, 2014, p. 16 ; *Plan Estratégico 2011-2015*, Parte I, p. 36.

juridique de l'individu. Celle-ci dépend en effet de l'organe devant lequel l'individu se trouve, la Commission ou la Cour interaméricaine. Devant l'un ou l'autre, l'individu⁹² exerce avec plus ou moins d'autonomie ses capacités juridico-procédurales. Ce prisme d'analyse est déterminant pour évaluer sa condition juridique comme sujet de droit. Ainsi, paradoxalement, devant la Commission, la condition juridique de l'individu comme sujet de droit est pleine et entière (**a**), alors que devant la Cour interaméricaine, l'individu ne jouit pas d'un statut procédural aussi favorable (**b**). Un *distinguo* qui s'explique par la nature scindée du système procédural du mécanisme interaméricain de protection des droits de l'homme.

a) Une condition juridique pleine et entière
devant la Commission

Le premier élément actant l'introduction de l'instance dans le procès interaméricain est la présentation d'une pétition devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme. C'est l'acte introductif d'instance. À cet effet, l'individu peut saisir la Commission non seulement pour alléguer la violation d'un droit ou d'une liberté de la Convention américaine, et cela conformément à l'article 44 sus-cité, mais également la violation, par les États non-parties à la CADH, de droits consacrés dans la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* sur le fondement de l'article 51 du Règlement de la Commission⁹³.

92 Ici, l'individu est appréhendé dans son acception théorique et générale. Il est multiple dans ce sens. Si l'on suit le libellé de l'article 44 de la CADH, c'est au premier chef, la victime directe ou ses proches. Il peut aussi être incarné dans un ou plusieurs individus ou un groupe prenant l'allure d'une communauté indigène. L'individu, c'est même l'individu organisé, structuré, agissant au travers d'une ONG.

93 Article 51 du Règlement de la Commission : **Réception des pétitions**. « *La*

Ce passage devant la Commission est d'ailleurs indispensable peu importe le scénario considéré⁹⁴.

À ce stade, les véritables parties au litige sont l'individu et l'État en cause. Étant l'unique partie demanderesse à ce niveau, l'individu ne souffre pas de concurrence dans le déroulement de la procédure. Il semble jouir d'une véritable *legitimitatio ad causam*, *i.e.* une capacité d'ester en justice de manière indépendante. En d'autres termes, l'individu (ou son représentant légal) a la possibilité de réaliser de manière autonome tous les actes de procédure nécessaires à ce stade: la saisine⁹⁵, la demande des

Commission reçoit et examine les pétitions qui contiennent une dénonciation portant sur des violations présumées des droits humains reconnus dans la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme au regard des États membres de l'Organisation qui ne sont pas parties à la Convention américaine relative aux droits de l'homme. »

94 On rappelle l'affaire *Viviana Gallardo y otros* où le Costa Rica mis en cause avait saisi directement la Cour. La Cour interaméricaine décidait qu'il fallait renvoyer l'affaire devant la Commission sous peine de porter atteinte à l'intégrité institutionnelle du système. Il s'ensuit une déclaration d'irrecevabilité de la Cour et de l'archivage de l'affaire. Cf. Corte IDH, *Viviana Gallardo y otros*, Resolución, de 8 de septiembere de 1983, Serie A No G 101/81.

NB.- Ce cas n'a jamais vraiment été considéré comme une « affaire » au sens juridique du terme. D'ailleurs, les services de la Cour l'ont classé dans la liste des avis consultatifs (voir le site de la Cour : www.corteidh.or.cr).

95 Article 23 du règlement de la Commission interaméricaine des droits de l'homme. L'individu peut présenter une pétition en son nom propre ou au nom de tiers pour dénoncer toute violation présumée de l'un des droits reconnus, suivant le cas, dans la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, la Convention américaine relative aux droits de l'homme, le Protocole additionnel à la Convention américaine relativement aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels, le Protocole à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant de l'abolition de la peine de mort, la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, et la Convention interaméricaine pour la prévention, la sanction, et l'élimination de la violence contre la femme.

mesures conservatoires⁹⁶, la présentation des preuves et les répliques⁹⁷.

Rappelons que si la procédure contentieuse dans le système interaméricain comporte deux phases : l'une devant la Commission interaméricaine et l'autre devant la Cour interaméricaine, elles ne se suivent pas nécessairement⁹⁸. En effet, à l'issue de la première phase, si la Cour interaméricaine n'a pas été saisie, l'instance est close dans cette première phase⁹⁹.

96 Suivant l'article 25.1 du Règlement de la Commission interaméricaine, dans les cas graves et urgents, la Commission peut, de sa propre initiative ou sur demande d'une partie, solliciter d'un État l'adoption de mesures conservatoires pour empêcher que des dommages irréparables soient infligés à des personnes ou à l'objet des procédures ayant trait à une pétition ou une affaire pendante.

97 Cette étape survient après la décision de recevabilité de la pétition. Elle concerne donc la procédure au fond (art. 37 du Règlement sus-mentionnés). La Commission demande aux pétitionnaires leurs observations additionnelles sur le fond. Ces observations sont transmises à l'État en question pour ses commentaires. En effet, la phase d'instruction est en principe contradictoire et laisse aux parties le soin d'apporter la preuve de leurs allégations. Toutefois, la Commission y joue un rôle actif, inquisitoire même. Elle peut même au regard de l'article 39 de ce Règlement effectuer des enquêtes *in loco*.

98 En effet, conformément à l'article 51.1 de la CADH, si dans un délai de trois mois, à compter de la remise aux États intéressés du rapport de la Commission, l'affaire n'est pas tranchée ou déferée à la Cour par la Commission ou par l'État en cause, la juridiction de la Commission étant acceptée, celle-ci pourra, à la majorité absolue de ses membres, émettre un avis et des conclusions quant à la question soumise à son examen.

99 Ludovic Hennebel énumère cinq manières différentes par lesquelles peut se clôturer l'instance devant la Commission. Premièrement, la Commission peut déclarer la pétition irrecevable. Deuxièmement, elle peut classer une pétition, notamment en ces cas de désistement ou en cas d'accord amiable officieux. Troisièmement, la Commission peut entériner un règlement amiable, auquel cas elle publie un rapport. Quatrièmement, la Commission peut adopter un rapport définitif conformément à l'article 51 de la Convention américaine recommandant à l'État en cause d'adopter des mesures visant à régler le litige et mettre un terme à la violation constatée. Cinquièmement, la Commission peut déferer l'affaire à la Cour interaméricaine si l'État en cause a accepté la juridiction contentieuse

Il peut s'agir aussi d'un État n'ayant pas accepté la compétence contentieuse de la Cour interaméricaine ou n'ayant pas ratifié l'instrument dans lequel se trouve les droits présumés violés. De même la saisine de la Cour interaméricaine, par les sujets habilités, permet d'évaluer la force de la personnalité juridique de l'individu à ce stade de la procédure.

b) Une condition juridique relative devant
la Cour interaméricaine

Dans le système interaméricain des droits de l'homme, la Cour interaméricaine est l'organe de protection doté de la plénitude de juridiction. Elle est, suivant les termes de l'article premier de son Statut, « une institution judiciaire autonome »¹⁰⁰. Autrement dit, la phase véritablement judiciaire du contentieux interaméricain se joue devant la Cour interaméricaine, seul tribunal du mécanisme de protection. L'analyse de cette instance démontre que l'individu ne jouit pas d'une pleine capacité processuelle.

Le premier élément de procédure qui frappe, déterminant de surcroît, est l'exclusion de l'individu dans la saisine du tribunal interaméricain des droits de l'homme. Seuls la Commission et les États sont habilités à saisir la Cour interaméricaine (art. 61.1 CADH). La pratique démontre que la Commission interaméricaine est l'auteur exclusive de cette saisine, car pour les États ce serait comme se dénoncer que d'activer cette prérogative de l'article

de la juridiction américaine. Cf. L. HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 233.

100 Article premier du Statut de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, *op. cit.*

51.1 de la CADH¹⁰¹. Pour L. Burgorgue-Larsen et A. Úbeda de Torres, cette absence de l'individu dans le mécanisme de la saisine correspond à des mécanismes procéduraux de protection des souverainetés¹⁰². Elle s'explique en effet pour les mêmes raisons que celle qui avaient poussé en 1950 les promoteurs de la Convention européenne à n'octroyer à l'individu que le pouvoir de s'adresser à la Commission européenne¹⁰³. La garantie juridictionnelle internationale des droits de l'homme était déjà une telle révolution dans l'appréhension du droit international que les États avaient imaginé moult mécanismes pour protéger leurs souverains intérêts¹⁰⁴. Ainsi, dans l'instance devant la Cour se trouvent trois sujets : les sujets du litige ou parties substantielles (l'individu et l'État) et le sujet de l'action, auteur de la saisine (la Commission). Néanmoins, en déférant l'affaire devant la Cour interaméricaine, la Commission tiendra compte, entre autres, de la position du pétitionnaire, conformément à l'article 45.2.a de son Règlement. Elle joue ainsi un rôle d'intermédiaire entre la victime présumée et la Cour interaméricaine¹⁰⁵.

L'actuel Règlement de la Cour comporte un article (25) intitulé « Participation des victimes présumées ou de leurs représentants », suivant lequel après la notification de l'écrit du dépôt de l'affaire, conformément à l'article 39 du même

101 L'histoire du contentieux interaméricain y relatif ne livre que le seul cas de figure de l'affaire *Viviana Gallardo y otros c. Costa Rica*, dont on a souligné *supra* que ce cas n'a pas vraiment été considéré comme une affaire. Le Costa Rica avait en effet tenté de saisir la Cour interaméricaine tout en contournant la saisine de la Commission.

102 L. BURGORGUE-LARSEN et A. ÚBEDA de TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 34.

103 *Ibid.*

104 *Ibid.*

105 F. QUISPE REMÓN, « Evolución normativa de la protección de los derechos humanos en el sistema interamericano », *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 3, Nº 2, 2009, p. 160. (<http://www.urjc.es/ceib/>).

Règlement, les victimes présumées ou leurs représentants peuvent introduire leur écrit de sollicitudes, arguments et preuves, de manière autonome, et ce durant tout le procès. Cette disposition consacre l'autonomie globale de l'individu dans le procès interaméricain des droits de l'homme. En effet, ce dernier peut présenter de manière autonome ses écrits de sollicitude, arguments et preuves (art. 40), répondre aux exceptions préliminaires soulevées par l'État (art. 42.4), demander des mesures provisoires (art. 27.3), prendre la parole aux audiences (art. 51.5) et même interroger toutes les personnes que la Cour décide d'entendre (art. 52.2). Cela dit, si ce *locus standi in judicio* en faveur de l'individu ne remet nullement en cause le contrôle de la saisine par la Commission, il réhabilite néanmoins l'individu dans sa condition de « partie substantielle » au procès.

En réalité, la compréhension des capacités juridico-processuelles de l'individu dans le système interaméricain est celle de l'histoire du mécanisme lui-même, de sa constante amélioration. Elle s'inscrit dans un processus d'évolution et de perfectionnement, que ce soit par la pratique de la Commission que par l'activité réglementaire de la Cour interaméricaine.

La compréhension de la condition juridique de l'individu gagne en clarté lorsqu'on la situe dans la constante qui est la sienne, celle de l'évolution du système interaméricain de protection des droits de l'homme. Elle permet de comprendre la part de plus en plus active de l'individu dans le procès de ses droits et libertés. Les réformes enclenchées ont en effet signifié d'importantes avancées quant au rôle processuel de l'individu dans les procédures devant les organes interaméricains¹⁰⁶. La praxis de la Commission s'est révélée particulièrement

106J. A. ROSAS CASTAÑEDA, « Hacia el *Jus Standi* del individuo en el procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos », *Revista CEJIL*, Año II, núm. 3, septiembre de 2007, p. 80.

audacieuse. Si aujourd'hui, le défaut de saisine par l'individu du tribunal interaméricain relativise sa condition juridique comme sujet de droit, le *locus standi in judicio* qu'il arrive à bénéficier dans le mécanisme compense tant bien que mal son exclusion du mécanisme de saisine.

Considérations finales

L'étroitesse des cas d'ouverture de l'article 61.1 de la CADH, saisine restreinte de la Cour par la Commission ou par l'État, contraste avec la large faculté de l'article 44 qu'octroie le même instrument relativement à la présentation d'une pétition devant la Commission. L'accès à la justice se restreint à la fin de la phase non-judiciaire devant la Commission¹⁰⁷. L'absence d'un droit d'action individuelle pour l'individu devant la juridiction interaméricaine relativise la qualité de sujet de droit de celui-ci. Toutefois, le *locus standi in judicio* dont bénéficie l'individu dans le procès interaméricain ne laisse pas de doute sur sa qualité de sujet de droit. Cette incohérence démontre que les équivoques liés à la maturité du système interaméricain des droits ne sont pas entièrement levés. Le spectre d'une saisine directe de la Cour interaméricaine par l'individu anime quelques temps déjà les discussions. En raison de la grande clarté et précision de l'article 61.1 de la CADH, ce déverrouillage des modalités de saisine de la Cour ne pourra pas advenir sans une modification de la Convention américaine.

Pour l'ancien Président de la Cour, A. Cançado Trindade, fervent défenseur du *jus standi* pour l'individu devant la Cour, « le droit de requête individuelle abrite en réalité le

107S. GARCÍA RAMÍREZ, *La jurisdicción interamericana de derechos humanos (Estudios)*, op. cit., p. 148.

dernier espoir de ceux pour qui la justice n'a pas été faite au niveau national. Je ne m'empêcherai pas d'ajouter -si vous me permettiez la métaphore- que le droit de requête individuelle est sans aucun doute l'étoile la plus lumineuse de l'univers des droits de l'homme »¹⁰⁸. Pour S. García Ramírez, l'absence du droit d'action de l'individu, expression d'une capacité restreinte, devant la Cour s'explique du fait que le système interaméricain est loin d'atteindre son point d'arrivée naturel¹⁰⁹.

Si la question d'un accès direct pour l'individu à la Cour interaméricaine fait partie des questions d'avenir du système interaméricain des droits de l'homme, il ne peut pas être pensé en dehors des principaux défis auxquels peut confronter le système à s'aventurer sur ce terrain. Au préalable, on pense à la question de la non-universalité des instruments du *corpus juris* interaméricain. En raison de l'actuelle ratification à la carte, tous les citoyens des Amériques ne sont pas en mesure d'utiliser la gamme des mécanismes du système interaméricain pour la promotion et la protection de leurs droits fondamentaux. Cette question est intimement liée à celle relative à la juridiction obligatoire de la Cour interaméricaine. Un autre défi de taille a trait aux contraintes financières et opérationnelles. Les organes interaméricains reçoivent une proportion relativement faible du budget annuel total de l'OEA. Les fonds provenant de cette source étant insuffisants pour faire face aux dépenses de l'organisation, la Cour comme la Commission s'appuient sur des sources de financement externes et sur les contributions des États membres pour combler ce déficit. Soumis à de telles contraintes, ces organes ont dû limiter leurs effectifs et

108A. A. CANÇADO TRINDADE, « Voto concurrente » párr. 35, in Corte IDH, *Castillo Petruzzi y otros c. Perú*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 4 de septiembre de 1998, Serie C Nº 41.

109S. GARCÍA RAMÍREZ, « El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos », *op. cit.*, p. 235.

restreindre considérablement le budget alloué à la recherche et aux enquêtes pro-actives sur les droits de l'homme. Ce qui n'est pas sans affecter la quantité et la portée du travail que ces organes sont en mesure d'entreprendre. Enfin, l'hypothèse de l'ouverture de la saisine de la Cour pour l'individu poserait la question du rôle de la Commission interaméricaine dans la procédure devant la Cour.

Movilidad humana y derecho a la seguridad social: una sinergia urgente y necesaria

*Valentina Lucio Paredes Aulestia**
*Víctor D. Cabezas Albán***

Introducción

Latinoamérica enfrenta una de las mayores crisis de movilidad humana de la que se tenga registro; es esta, sin duda, la más compleja y numerosa de lo que va del siglo.¹ La hiperinflación, la falta de alimentos, la insuficiencia de medicamentos y de insumos básicos para la vida, sumado a la ausencia de las mínimas garantías en materia de derechos humanos, ha generado que más de cuatro millones de ciudadanos venezolanos hayan abandonado su país desplazándose primordialmente hacia Colombia, Ecuador, Perú, Chile, Argentina, Panamá y Brasil.

Este proceso migratorio se caracteriza, de un lado, por la relativa facilidad de asimilación y adaptación de los venezolanos

* Investigadora independiente, abogada y psicóloga clínica por la Universidad San Francisco de Quito.

** Abogado por la Universidad San Francisco de Quito e investigador de la Universidad Externado de Colombia.

1 Según la última actualización del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante “ACNUR”) y de la Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela, al 5 de agosto del 2019 eran 4 296 777 personas las que habían abandonado el país. Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela, disponible en <https://r4v.info/es/situations/platform>

en otros países de la región con un idioma, cultura y sistema institucional análogo al suyo. Empero –de otro lado– la precariedad financiera, su delicado estado de salud, el abandono que sufren de parte del Estado venezolano y algunos preocupantes indicios de xenofobia,² hacen que esta población migrante se encuentre en una situación de extrema vulnerabilidad. Entre los efectos nefastos para la vigencia de los derechos humanos que se generan a partir de dicho escenario, el de la seguridad social ha sido uno de los menos explorados.

Aunque no existen datos oficiales sobre la precarización y la explotación laboral de la población migrante venezolana, algunos Estados de la región como Colombia, Ecuador, Perú, Chile y Uruguay han advertido que su tratamiento es el punto de partida para potenciar la garantía de otros derechos. La precarización no solo distorsiona el mercado del trabajo, fijando costos laborales por debajo de los mínimos legales, sino que cultiva las raíces de la discriminación y potencia la xenofobia.³ Al implementar políticas para regular el trabajo de la población migrante, los Estados generan condiciones de igualdad material, corrigen distorsiones y –al mismo tiempo– se viabiliza su acceso a la seguridad social.

Sin duda, existe amplia literatura sobre el derecho al trabajo y sus garantías mínimas en el contexto de un influjo migratorio; sin embargo, el acceso a la seguridad social es un tema que aún requiere una atención especial. En este ensayo, partiremos por caracterizar la seguridad social explicando brevemente tanto

2 ACNUR. *ONU lanza campaña contra la xenofobia en Ecuador*, Ecuador, 21 de marzo del 2019, disponible en <https://www.acnur.org/noticias/press/2019/3/5c9928cd4/onu-lanza-la-campana-contra-la-xenofobia-en-ecuador.html>

3 Naciones Unidas. *Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes*, Introducción, Asamblea General, 19 de septiembre del 2016, disponible en <https://www.acnur.org/5b4d0eee4.pdf>

sus orígenes como su desarrollo, sus principios y sus principales prestaciones.

Posteriormente, exploraremos el tratamiento que se le ha dado a este derecho en el sistema interamericano de derechos humanos (en adelante “el sistema interamericano” o “el SIDH”), en el sistema universal de derechos humanos (en adelante “el sistema universal”) y en el sistema europeo de derechos humanos (en adelante “el sistema europeo”). Al efecto, indagaremos si la seguridad social puede ser caracterizada como un derecho humano. Dicho esto, pasaremos a analizar los estándares aplicables a la garantía de la seguridad social en el contexto de procesos de movilidad humana, examinando las directrices de organismos internacionales especializados y las experiencias que otros países han adoptado para su garantía.

Este ensayo, además de sistematizar el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos alrededor de la seguridad social, pretende presentar recomendaciones concretas para que los Estados puedan diseñar políticas públicas sobre la materia en el contexto de procesos de movilidad humana que –como veremos– comporta una obligación internacional en materia de derechos humanos.

I. El derecho a la seguridad social: antecedentes

Diversos autores coinciden en que la consolidación del derecho a la seguridad social es el gran avance de la protección social⁴

4 La protección social es una doctrina a partir de la cual el Estado es el garante de los derechos mínimos para el desarrollo del individuo y de la sociedad; propugna que debe, por ejemplo, garantizar la educación, la salud, el trabajo, un medio ambiente sano, etc. La protección social es más amplia que la seguridad social, pues implica un activismo del Estado en pro de la generación de las condiciones

en la sociedad moderna, pues la garantía de sus prestaciones y la ampliación de su alcance han implicado que las personas puedan solventar dignamente los contingentes más complejos de la vida: la enfermedad, la vejez, los accidentes e –incluso– la muerte.⁵ En esta primera parte del estudio nos enfocaremos en caracterizar la seguridad social a partir de la doctrina, el derecho comparado, el derecho internacional y las decisiones de organismos internacionales supervisores en materia de derechos humanos.

Antes de iniciar el ensayo, conviene revisar el concepto de protección social –antecedente de la seguridad social– que engloba todas las formas de intervención estatal en beneficio de los grupos sociales y de los individuos, en las más amplias formas.⁶ Así, por ejemplo, un programa de protección social normalmente incluye educación, seguridad, salud en todas sus manifestaciones –incluyendo la psicológica, sexual, etc.– y, en general, todas las medidas que desde el Estado puedan tomarse para propender al desarrollo de capacidades individuales y sociales. Sobre el tema, la Organización Internacional del Trabajo (en adelante “la OIT”) ha explicado lo siguiente:

El concepto de protección social suele tener un sentido más amplio que el concepto de seguridad social, e incluir específicamente la protección que los miembros de una familia o de una comunidad local se prestan entre sí. Ahora bien, en otros contextos el concepto de protección social se utiliza

básicas para el progreso individual y colectivo en ámbitos que exceden al de la seguridad social.

5 González-Ortega, Santiago. *La Protección Social de los Trabajadores Extranjeros*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales del Gobierno de España, Madrid, 2006 p. 204

6 OIT. *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa*, Informe, Ginebra, 2011, p. 9.

en un sentido más restringido que el de seguridad social, refiriéndose únicamente a las medidas en pro de los miembros más pobres, vulnerables o excluidos de la sociedad. Así pues, por desgracia en muchos contextos las expresiones “seguridad social” y “protección social” se emplean indistintamente como sinónimas.⁷

Dentro del amplio espectro de la protección social,⁸ encontramos a la seguridad social cuyos orígenes –según ha anotado la OIT– se remontan a los periodos más remotos de la humanidad, pues una de las preocupaciones recurrentes de las sociedades ha consistido en la búsqueda de protección para las contingencias de la vida⁹ que en un inicio se solventaban con la creación de cajas comunes de ahorro previsional y luego a partir del establecimiento de sistemas formales, estructurados y altamente complejos de seguridad social.

Ahora bien, en cuanto a los antecedentes históricos del derecho a la seguridad social debemos destacar que su conceptualización –tal como la conocemos ahora y a diferencia de otras instituciones jurídicas– es de corta data. Concretamente en 1880, Alemania –de la mano del canciller Otto von Bismarck– se convirtió en el primer Estado que adoptó un sistema estructurado de seguridad

7 *Ibid.*

8 Algunos autores como Alcalá Cabanellas, también hablan sobre previsión social afirmando que la respuesta misma consiste en un cúmulo de principios, reglas, políticas e instituciones cuyo objetivo es la satisfacción de las necesidades de los miembros de la sociedad, independientemente de su calidad de trabajadores, autónomos, etc. Observa al individuo –sin ninguna distinción– como el sujeto principal de enfoque de políticas de desarrollo social. Las políticas de previsión social en salud, educación, seguridad, etc., están encaminadas a los objetivos de la protección social e, insistimos, se diferencian del sistema de seguridad social pues actúa en protección de los miembros de la sociedad, más allá de si están o no afiliados a un sistema.

9 OIT. *Seguridad social para la justicia social...*, p. 6

social,¹⁰ desarrollando conceptos como el de la “prestación de la seguridad social”; conceptos que fueron entendidos como derechos dentro del referido sistema. Después de la Segunda Guerra Mundial, cuando este derecho adquirió el rango de derecho humano,¹¹ se dieron avances sumamente importantes y en este contexto se emitió en 1942 el denominado Informe Beveridge¹², el cual se implementó en 1945; básicamente, este fue el resultado de un profundo estudio sobre la factibilidad de la seguridad social como un derecho universal destinado a ser el muro de contingencia frente a los riesgos de salud, vejez, desempleo, muerte o del trabajo.

Posteriormente, el sistema llegó a diversos países de América Latina que lo adoptaron con su propio particularismo. En nuestra región, Chile fue el primero con legislación sobre seguridad social en 1924, incluyéndose las prestaciones de maternidad, invalidez, vejez y muerte. Luego, en 1927 Canadá estableció el seguro de pensiones; Ecuador lo hizo en 1935 y así, progresivamente,

10 “El ejemplo de Alemania es rápidamente seguido en Europa, pues entre los años de 1887 y 1888 Austria adopta leyes sobre seguro de accidentes del trabajo y sobre seguro lo hace en 1891 Hungría. En Dinamarca se crea el seguro de vejez en 1891; el de enfermedad-maternidad en 1892 y el de riesgos del trabajo en 1898. En Suecia, el seguro de enfermedad-maternidad en 1891; el de riesgos del trabajo en 1901; el de invalidez-vejez-muerte en 1913. Noruega dicta su primera legislación de protección contra riesgos del trabajo en 1895 y de seguro de enfermedad-maternidad en 1909”. Centro Interamericano de Estudios Sobre Seguridad Social (en adelante “CIESS”). *Seguridad Social, una visión Latinoamericana*, México, D. F., 2009, p. 36.

11 Así lo establece la Declaración Universal de Derechos Humanos.

12 *Vid* Klein, Lawrence. “The Cost of a ‘Beveridge Plan’ in the United States”, en *The Quarterly Journal of Economics* 58: 3 (1944): 423-437; Leo Wolman, “The Beveridge Report”, *Political Science Quarterly* 58: 1 (1943): 1-10; Eveline Burns, “The Beveridge Report”, *The American Economic Review* 33: 3 (1943): 512-533; y Austin Robinson, “Sir William Beveridge on Full Employment”, *The Economic Journal* 55: 217 (1945): 70-76.

todos los países americanos llegaron a contar con sus respectivos seguros sociales.¹³

En los Estados Unidos se formalizó en 1935 con la Ley del Seguro Social y ha sido uno de los aspectos de mayor importancia para la nación, pues pudo solventar lo que se denominó “el horror absoluto de una vejez sin un centavo y sin esperanza”.¹⁴ Sobre este derecho, el connotado presidente Franklin Delano Roosevelt afirmó lo que sigue: “La civilización de los últimos cien años, con sus increíbles cambios industriales, ha tendido a hacer la vida más y más insegura. Los jóvenes han empezado a temer lo que será de ellos cuando les llegue la vejez”.¹⁵

II. La seguridad social: principios, concepto y alcance

La seguridad social es un sistema implementado desde el Estado, que también puede ser ejecutado por privados; abarca prestaciones en efectivo o en especies, destinadas a solventar o cubrir contingencias derivadas –por ejemplo– de la falta de ingresos económicos a través de un subsidio o seguro de cesantía, la vejez a través de una pensión, la enfermedad a través de un seguro médico, la invalidez a través de una pensión, los riesgos del trabajo por medio de la asistencia médica y, en caso de un daño irreversible, una pensión.

13 Pieschacón-Velasco, Camilo. *Sistemas de Pensiones: Experiencia Española e Internacional*. Inverco, Madrid. p.19.

14 Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica (2017). Seguro Social en Español: Breve Historia del Seguro Social. Disponible en <https://www.ssa.gov/espanol/brevehistoria.htm> (acceso 21/07/2019)

15 *Ibid.*

Evidentemente, cada Estado tiene la potestad de regular cuáles son las prestaciones de la seguridad social exigibles; sin embargo, la OIT ha establecido las siguientes prestaciones básicas en el Convenio 102 sobre seguridad social (norma mínima): (i) asistencia médica, (ii) prestaciones monetarias por enfermedad, (iii) prestaciones por vejez, (iv) prestaciones de desempleo, (v) prestaciones de vejez, (vi) prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, (vii) prestaciones familiares, (viii) prestaciones de maternidad, (ix) prestaciones de invalidez y (x) prestaciones de sobrevivientes.

Sin embargo, como advertimos *ut supra*, son los Estados los que definen cuáles de estas prestaciones resultan exigibles en el plano interno pues este instrumento internacional puede ser ratificado parcial o totalmente. De esta forma, en el caso peruano –por ejemplo– solo se reconocen las prestaciones de asistencia médica (Parte II); monetarias por enfermedad (Parte III); y por invalidez, por vejez y por maternidad.¹⁶ Las otras prestaciones son cubiertas por seguros privados o su garantía se deja a discreción de las partes contratantes.

Ahora bien, en cuanto a los principios que rigen la seguridad social¹⁷ encontramos los siguientes que ha desarrollado la doctrina:¹⁸

1. Solidaridad. El sistema afirma que la garantía de ciertas prestaciones debe basarse en aportes del Estado o, incluso, de otros afiliados. El fenómeno de interdependencia entre los

16 Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2018). *Política y Plan Nacional de Seguridad Social en el Trabajo 2017-2021*. Disponible en https://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/CNSST/politica_nacional_SST_2017_2021.pdf, p. 74

17 Cfr. Almanza, José Manuel. *Derecho a la seguridad social*, Tecnos, Madrid, 1977, p. 456.

18 Ayala Cáceres, Carlos Luis. “Principios de la Seguridad Social”, en *Revista Académica CES Medicina*, vol. 10, N° 1, p. 56.

diferentes miembros de la seguridad social, en este sentido, implica el reparto de cargas a quienes más aportan o más ingresos tienen, para la garantía de prestaciones a quienes no tienen los aportes necesarios.

2. Universalidad. El objetivo último de la seguridad social consiste en que todos los ciudadanos, sin distinción, se encuentren cubiertos por sus diversas prestaciones.
3. Integralidad. La seguridad social debe propender a garantizar las prestaciones de forma oportuna, suficiente y completa.
4. Unidad. Pretende que los sistemas de seguridad social operen sin regímenes especiales, en coordinación y bajo una administración central que pueda abundar esfuerzos para su realización común.
5. Globalización. La portabilidad de las prestaciones más allá del país donde se generan, es uno de los grandes principios y acometidos de la seguridad social.
6. Igualdad. Implica la participación justa y proporcional en las prestaciones de la seguridad social.
7. Subsidiariedad. El sistema de seguridad social forma parte de la doctrina de la protección social y, en principio, tiene su asidero porque materialmente el Estado no puede implementar protección social global y efectiva.
8. Imprescriptibilidad. El sistema de seguridad social se fundamenta en que las prestaciones puedan ser exigibles sin importar el momento de su exigibilidad.
9. Progresividad. Las prestaciones de la seguridad social deben tender a ampliarse y no a restringirse en su contenido o alcance.

Ahora bien, una vez que hemos repasado las características del derecho a la seguridad social, examinaremos su tratamiento en el derecho internacional de los derechos humanos.

III. Sobre el derecho a la seguridad social en el derecho internacional de los derechos humanos

El derecho a la seguridad social por su contenido, alcance e importancia para mantener los equilibrios sociales y garantizar una vida digna a largo plazo, ha merecido una gran atención por parte de los mecanismos supervisores de derechos humanos. A continuación, expondremos brevemente el alcance y el enfoque de protección que diversos sistemas le han dado.

1. El sistema universal

El derecho a la seguridad social se encuentra contenido en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sobre el tema, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha explicado que su contenido se relaciona con “[o]btener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en diversas circunstancias [...] en particular por la falta de ingresos procedentes del trabajo”.¹⁹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte IDH” o “el Tribunal Interamericano”) ha añadido que

¹⁹ Organización de Naciones Unidas. *El derecho a la seguridad social*, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 19, artículo 9, 23 de noviembre del 2007, párr. 2.

los aspectos fundamentales de la seguridad social se aplican “en cualquier situación o circunstancia, a saber: i) disponibilidad; ii) riesgos e imprevistos sociales: a) atención de la salud, b) enfermedad, c) vejez, d) desempleo, e) accidentes laborales, f) prestaciones familiares, g) maternidad, h) discapacidad, e i) sobrevivientes y huérfanos; iii) nivel suficiente; iv) accesibilidad: a) cobertura, b) condiciones, c) asequibilidad, d) participación e información y e) acceso físico”.²⁰ En este punto, remarcamos que el sistema universal de protección a los derechos humanos ha declarado sostenidamente que el derecho a la seguridad social es un derecho humano e, incluso, ha señalado en casos individuales su vulneración.²¹

2. Sistema europeo

En este continente también ha existido un importante desarrollo del derecho examinado.²² La Corte Europea de Derechos Humanos –antes Tribunal Europeo– ha remarcado que las diversas prestaciones del sistema de seguridad social son derechos y que los Estados tienen la obligación de asegurar su materialización y progresivo desarrollo.²³

20 Cfr. Corte IDH. *Caso Muelle Flores vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 6 de marzo del 2019, Serie C N° 375, párrs. 178 a 193, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf.

21 En el contexto de casos de Estados que han ratificado el Protocolo al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, véase Marcia Cecilia Trujillo c. Ecuador, CESCR, Comunicación 10/2015, UN Doc. E/C.12/63/D/10/2015 (26 de marzo de 2018).

22 Este derecho ha sido derivado del derecho de propiedad contemplado en el artículo 1 del Protocolo a partir del concepto de “bienes”.

23 Cfr. Santolaya Machetti, Pablo y Díaz Ricci, Sergio M. “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables”, en

La Carta Social Europea²⁴, establece que el derecho a la seguridad social es de carácter fundamental y que el sistema que lo resguarda debe cubrir los riesgos tradicionales existentes para obstaculizar su vigencia, proveyendo beneficios adecuados con respecto a la atención médica, las enfermedades, el desempleo, la vejez, las lesiones laborales, la familia y la maternidad entre otros— o el derecho a la asistencia social y médica.

En Europa el derecho a la seguridad social hoy es, prácticamente, la mayor garantía de seguridad y bienestar para los ciudadanos de dicho continente que además gozan de una portabilidad entre los diversos Estados miembros, lo que ha logrado una maximización y consolidación.

3. El sistema interamericano

En el caso del SIDH, el desarrollo de este derecho ha tenido algunas complicaciones mayores dado que al ser asumido como un derecho económico, social y cultural, durante buena parte del desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH su garantía fue lastrada al considerarse que su exigibilidad no era directa para los Estados.

Empero, han existido importantes avances; especialmente, desde que la Corte IDH aceptó su justiciabilidad a partir de la teoría de la interdependencia de todos los derechos humanos o como derivación de las cláusulas de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana o la CADH”).

Canosa Usera, Raúl y otros, *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Lima, ECB Ediciones S. A. C., 2015, p. 303.

24 Cfr. Carta Social Europea. Estrasburgo, 3.v. 1996. Artículo 12.

En concreto, antes del caso Lagos del Campo contra Perú la jurisprudencia interamericana había abordado preliminarmente temas de pensiones, protegiéndolas a partir del derecho de la propiedad privada y bajo la figura de derechos adquiridos²⁵ o a partir de la protección y las garantías judiciales de los artículos 8 y 25 de la CADH.

Un caso hito en el sistema interamericano fue el de Cinco Pensionistas contra Perú pues el Tribunal, si bien no hizo un análisis sobre la naturaleza del derecho, afirmó que no existía duda de que las víctimas en ese conflicto tenían derecho a una pensión de cesantía después de haber concluido sus labores.²⁶ Posteriormente, en el 2009 dentro del caso Acevedo Buendía contra Perú la Corte IDH tuteló en el fondo derechos derivados de la seguridad social, sosteniendo que existía una violación a la protección judicial que en foro correspondiente tenían los afiliados²⁷.

25 Véase artículo 21 de la Convención Americana.

26 Corte IDH. *Caso Cinco pensionistas vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 de febrero del 2003, Serie C No. 98, párr. 94.

27 Sobre la violación del artículo 25 de la CADH, el Tribunal Interamericano expresó lo siguiente: “En ese sentido, en los términos del artículo 25 de la Convención, es posible identificar dos responsabilidades concretas del Estado. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. Esto último, debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado”. Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y jubilados de la contraloría”) vs. Perú* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 1 de julio del 2009, Serie C No. 198, párr. 72.

Ahora bien, en el caso *Duque contra Colombia* se alegó ante el Tribunal Interamericano la exclusión de la víctima de la posibilidad de obtener una pensión de supervivencia tras la muerte de su pareja, bajo el presupuesto de que su pareja era de su mismo sexo. En este litigio, la cuestión de fondo radicaba en una distinción prohibida –en función del sexo– para el acceso a un derecho, por lo que mayormente se lo trató desde la perspectiva de la igualdad material y no discriminación. Sin embargo, la Corte IDH precisó que la existencia de un marco jurídico interno que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, constituía en sí misma una vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación.²⁸ Con ello, se tuteló el derecho a la seguridad social a partir de derechos colaterales, siguiéndose la línea de su jurisprudencia más antigua.

Posteriormente, en el caso *Muelle Flores contra Perú*, el Tribunal Interamericano marcó un giro jurisprudencial pues impuso una nueva regla sobre la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante “los DESC”), toda vez que se declaró por primera vez una violación al artículo 26 de la Convención Americana.²⁹ Entonces se determinó que el Estado peruano era internacionalmente responsable por la vulneración del derecho a la estabilidad laboral, a partir de un despido arbitrario jamás atendido por los órganos jurisdiccionales internos. Del mismo modo, la Corte IDH estima que el derecho a la seguridad social se deriva directamente del artículo 26 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y, entonces, se encuentran fuentes diversas para su justiciabilidad además de la que se desarrolla a partir del Pacto de San Salvador.

28 Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de febrero del 2016, Serie C N° 310, párr. 125.

29 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto del 2017, Serie C No. 340, párr. 154 y resolutivo 5.

En definitiva, este caso marca un momento definitivo en la justiciabilidad de los DESC e implementa un nuevo campo de acción para la seguridad social en el foro interamericano, pues la Corte IDH toma la iniciativa de tratar y adoptar una definición bastante amplia de la seguridad social, señalando que

[e]s un derecho que busca proteger al individuo de contingencias futuras, que de producirse ocasionarían consecuencias perjudiciales para la persona, por lo que deben adoptarse medidas para protegerla [...] el derecho a la seguridad social buscar proteger al individuo de situaciones que se presentarán cuando éste llegue a una edad determinada en la cual se vea imposibilitado física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia necesarios para vivir un nivel de vida adecuado, lo que a su vez podría privarlo de su capacidad de ejercer plenamente el resto de sus derechos. Esto último también da cuenta de uno de los elementos constitutivos del derecho, ya que la seguridad social deberá ser ejercida de modo tal que garantice condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso.³⁰

En definitiva, aunque hasta el momento la postura del Tribunal Interamericano no ha sido del todo clara sobre la justiciabilidad, el contenido, el alcance y el rango del derecho a la seguridad social, estimamos que a partir del caso *Muelle Flores contra Perú* esa tendencia se revierta. Así entonces y progresivamente, este podrá tratar dicho ámbito del derecho que –como hemos visto– tiene una enorme importancia para el desarrollo social y, en última instancia, para la vigencia de todo el catálogo de derechos humanos.

30 Corte IDH. *Caso Muelle Flores vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 6 de marzo del 2019, Serie C No. 375, párr. 183.

IV. La movilidad humana y el derecho a la seguridad social: ¿por qué es importante su sinergia?

Uno de los retos más complejos que atañe a la migración³¹ consiste, ciertamente, es el de la capacidad de los Estados para garantizar los derechos humanos de las personas en situación de movilidad. La obligación estatal de adaptar su sistema a las especiales condiciones de los trabajadores migrantes o, en general, personas en condición de movilidad humana, no implica que exista la obligación de que toda esa población tenga acceso directo a la seguridad social, sino que el Estado debe proveerle de los medios para que materialmente pueda acceder de la misma forma en que lo haría alguien local,³² pero tomando en cuenta las particularidades propias de una persona en proceso de migración.

Como ya advertimos al inicio de este ensayo, la principal causa de movilidad de la población venezolana es la necesidad de supervivencia y –por supuesto– ello implica que tanto el trabajo como el acceso a la seguridad social se tornan en un centro de atención primordial. Esta causa no corresponde solo al proceso de migración que hoy tiene a Venezuela como protagonista, sino que aparece como una de las principales causas globales del fenómeno. Un informe del Banco Asiático de Desarrollo (en adelante “BAD”) estudió la crisis del 2009 en dicho continente, encontrando que la mayoría de los desplazamientos laborales se dio por falta de empleo.³³

31 Existen unos 232 millones de personas –aproximadamente el 3,2 por ciento de la población mundial– que viven fuera de su país de origen y pueden considerarse migrantes internacionales. Esta cifra ha crecido constantemente durante el último cuarto de siglo, desde 154 millones en 1990 hasta 175 millones en el 2004.

32 Esto, en virtud del principio de no discriminación y de igualdad contenido, *inter alia*, en el artículo 1 de la CADH.

33 Banco de Desarrollo Asiático. *Impact of the global crisis on Asian migrant workers and their families: A surveybased analysis with a gender perspective*, Manila, 2013 p.6.

Ahora bien, en el contexto de procesos de movilidad humana la seguridad social es un punto de quiebre pues no solo implica el acceso a prestaciones de salud, pensiones y cobertura por riesgos de trabajo, sino que refuerza el sentido de igualdad ante la ley e incide radicalmente en la reducción de la precarización laboral.

Sobre el tema, diversos estudios han mostrado una relación entre el estatus laboral y la cobertura de seguridad social. Por ejemplo, uno de estos realizado en China examinó datos de trabajadores migrantes de 2008 y 2009; entre sus conclusiones sostuvo que “tener un contrato de trabajo, sobre todo un contrato a largo plazo, mejoraba sustancialmente la cobertura de seguridad social de los trabajadores migrantes”.³⁴ Del mismo modo, la doctrina ha encontrado que la integración económica por medio de un empleo digno y estable es un mecanismo idóneo para la realización del conjunto de los derechos humanos; es, además, la mejor forma de que se concrete una integración global de la persona en movilidad humana ante la sociedad receptora³⁵.

Ello, puesto que suscita las interacciones,³⁶ incrementa las oportunidades para entender la cultura y el lenguaje local generando confianza entre las personas en movilidad humana.³⁷ Igualmente, se ha advertido que el acceso a la seguridad social tiene el potencial de garantizar de manera efectiva el garantizar la vigencia de otros derechos fundamentales como la salud, pues

34 Gao, Q. Yang, S. y Li, S. *Labor contracts and social insurance participation among migrant workers in China*, en “*China Economic Review*”, vol. 23, N° 4.

35 Cfr. Phillimore, J. y Goodson, L. *Problem or Opportunity? As Asylum Seekers, Refugees, Employment and Social Exclusion in Deprived Urban Areas*, en “*Urban Studies*”, 43 (10), pp. 1715 a 1736.

36 Cfr. OCDE. 2012. *PISA 2012 results: Excellence through equity: Giving every student the chance to succeed (Volume II)*. París: OECD.

37 Bloch, A., Galvin, T., Harrell-Bond, B. (2000). *Refugee Women in Europe: Some Aspects of the Legal and Policy Dimensions*. *International Migration*, 38(2), 169–190.

en un contexto de movilidad humana este suele ser limitadamente provisto por el Estado.³⁸

También, la integración de las personas en situación de movilidad a la seguridad social es trascendente toda vez que tiene la capacidad de derribar barreras de xenofobia, en particular porque los trabajadores migrantes

(a) aportan un abanico de capacidades y conocimientos que tal vez no existan, o sean escasos, en el país de acogida; (b) suelen ser emprendedores y poseer gran capacidad de trabajo; aunque los perfiles varían, los migrantes del sector formal suelen ser aquellos que disponen de medios financieros para desplazarse a otro país o región y (c) Se encuentran habitualmente en la cohorte entre 20-39 años, han completado y pagado sus estudios y ya son económicamente activos. De media, tales trabajadores suelen ser más jóvenes que la población general, por lo que pueden contribuir a rejuvenecer el perfil demográfico del país de acogida.³⁹

V. Los mecanismos de protección del derecho a la seguridad social en el contexto de procesos de movilidad humana

A continuación, revisaremos los principales instrumentos internacionales aplicables al caso de las personas en situación de movilidad humana en relación con la seguridad social, para luego explicar las políticas públicas que se han desarrollado en función

38 *Cfr.* Watters, C., & David Ingleby, D. (2004). Locations of care: Meeting the mental health and social care needs of refugees in Europe. *International Journal of Law and Psychiatry*, 27, 549–570.

39 Asociación Internacional de Seguridad Social (2014). *Manual sobre la Extensión de Cobertura de la Seguridad Social a los Trabajadores Migrantes*. Ginebra: AISS. Página 9.

de tratar esta problemática. En cuanto al marco implantado a partir de la OIT, se dictó el Convenio 118 sobre la igualdad de trato en materia de seguridad social, que básicamente implementa los siguientes lineamientos genéricos:

1. Se reafirma que la condición de migración o nacionalidad no puede ser un justificativo válido para la limitación de derechos humanos.
2. Se establece un parámetro de discrecionalidad de los Estados a efectos de determinar qué prestaciones concretas proteger, incluyéndose el siguiente catálogo: a. asistencia médica, b. prestaciones de enfermedad, c. prestaciones de maternidad, d. prestaciones de invalidez, e. prestaciones de vejez f. prestaciones de sobrevivencia; g. prestaciones en caso de accidentes del trabajo y de enfermedades profesionales, h. prestaciones de desempleo e i. prestaciones familiares.
3. La obligación, en concreto, consiste en tener legislación que no realice distinciones para el acceso a la seguridad social en función de la nacionalidad y facilite su incorporación al sistema.
4. Sobre las prestaciones de una rama determinada de la seguridad social, el Convenio precisa que “un Estado Miembro podrá derogar las disposiciones de los párrafos precedentes del presente artículo, respecto de los nacionales de todo Estado Miembro que, a pesar de poseer una legislación relativa a esta rama, no concede igualdad de trato a los nacionales del primer Estado Miembro en la rama mencionada”.
5. Las disposiciones del Convenio se aplican también a las personas en condición de refugio y a los apátridas, siempre que exista reciprocidad.

Ahora bien, pasando a las garantías concretas de los trabajadores migrantes, el Manual sobre la extensión de la

cobertura de seguridad social a los trabajadores migrantes de la Asociación Interamericana de Seguridad Social explica que el sistema de seguridad social proporciona servicios esenciales que son el detonante para la integración de las personas en situación de movilidad: en efecto, se afirma lo siguiente: “Extender la seguridad social para proteger a los trabajadores migrantes garantiza que los sistemas de seguridad social cumplan mejor su papel de aportar protección social; asimismo, alienta el crecimiento económico y refuerza la cohesión social”.⁴⁰

La Asociación Internacional de Seguridad Social (en adelante “la AISS”) ha adelantado algunas investigaciones que proveen recomendaciones concretas en cuanto a la adaptabilidad de los sistemas de seguridad social, en contextos de migración aceptados e implementados por múltiples Estados. A continuación, las sistematizamos:

1. La adaptabilidad del sistema en función de la fuente de ingresos de los trabajadores migrantes. Concretamente, se debe tener en cuenta que las personas en situación de movilidad a menudo ejercen su actividad económica en el sector informal. Por ende, la primera consideración a la hora de formular política pública en este sentido consiste en revisar si el sistema es adaptable a esta realidad informal; es decir, si existen mecanismos idóneos⁴¹ para que una persona migrante pueda adaptarse al sistema, aun viniendo desde el sector informal. En este sentido: “Los requisitos administrativos relacionados con la cobertura de estos

40 Asociación Internacional de Seguridad Social (2014). Manual sobre la Extensión de Cobertura de la Seguridad Social a los Trabajadores Migrantes. Ginebra: AISS. Página 6.

41 *Ver* Asociación Internacional de Seguridad Social (2012). Manual sobre cobertura de la Seguridad Social a los Trabajadores por Cuenta Propia. Ginebra: AISS.

trabajadores suelen ser considerables. Esto puede suponer la necesidad de coordinarse con otros organismos, a menudo en el extranjero, para gestionar historiales personales y de cotización frecuentemente complejos, así como de entenderse en distintos idiomas”.⁴²

2. Políticas transversales. Para una efectiva garantía del derecho humano a la seguridad social, los Estados miembros deben implementar políticas transversales –en la ley, en los institutos que prestan los servicios, etc.– destinadas a eliminar las barreras de ingreso al sistema en función de la nacionalidad así como el mayor número de trámites y requisitos para el acceso al derecho. Al efecto, se recomienda “usar eficazmente las TIC para registrar, hacer seguimientos y calcular derechos a las prestaciones, así como facilitar la coordinación con otros sistemas de seguridad social y partes interesadas”.⁴³
3. Consciencia sobre las particularidades en el ejercicio y acceso a las prestaciones. En lo relativo a las especificidades relacionadas con las prestaciones de jubilación, un programa de seguridad social convencional en cuanto a su adaptabilidad frente a personas en situación de movilidad debe tomar en cuenta que los trabajadores migrantes “suelen alcanzar niveles notablemente inferiores de prestaciones de jubilación con respecto a sus equivalentes no migrantes. Esto puede deberse a periodos sin cobertura, tasas de acumulación regresivas o incumplimiento de los requisitos mínimos de servicio”.⁴⁴

42 Asociación Internacional de Seguridad Social (2014). Manual sobre la Extensión de Cobertura de la Seguridad Social a los Trabajadores Migrantes. Ginebra: AISS. Página 7.

43 Asociación Internacional de Seguridad Social (2017). Directrices de la AISS sobre las tecnologías de la información y de la comunicación. Ginebra: AISS. Página 8.

44 *Ibid.*

4. Los objetivos de la extensión de la cobertura de seguridad social a las personas en situación de movilidad humana, debe comprender: (i) Un aumento cuantitativo del número de personas que gozan de protección bajo el sistema de seguridad social. (ii) Un incremento en la variedad de prestaciones y ampliación de las mismas entendiendo las particularidades generadas por la situación de movilidad.

En el mismo sentido, la doctrina⁴⁵ ha estimado las siguientes garantías de la seguridad social aplicables para el caso de los trabajadores migrantes:

1. Portabilidad. Esto es, que los trabajadores en situación de movilidad humana se hallen cubiertos por la seguridad social en el país de acogida y cubiertos por acuerdos bilaterales o multilaterales que aseguran la portabilidad completa de los derechos adquiridos a sus prestaciones acumuladas.
2. Transferibilidad. Implica que las personas en situación de movilidad tengan la capacidad de encontrarse cubiertas por la seguridad social en el país de origen, aunque no estén incluidos en ningún acuerdo bilateral o multilateral.
3. Sector informal. Se considera esencial incluir a los trabajadores del sector informal que padecen doble vulnerabilidad, al ser autónomos y tener una condición migratoria especial.

En conclusión, la obligación de los Estados en materia de seguridad social en el contexto de procesos de migración es de medio, no de resultado. Esto, en la medida en que requiere la implementación de una política que permita la adaptabilidad de los sistemas de seguridad social a las particularidades del

45 Holzmann, R.; Koettl, J. 2012. *Portability of pension, health, and other social benefits: Facts, concepts, and issues* (CESifo Working paper, núm. 4002). Múnich, Center for Economic Studies Institute.

proceso migratorio. Aquí hemos presentado algunos lineamientos básicos para asegurar que el trabajador migrante pueda acceder a las prestaciones de la seguridad social, cuya atención resulta trascendental pues –como hemos visto– la integración de las personas en situación de movilidad a la seguridad social tiene consecuencias positivas para la vigencia de sus derechos humanos.

VI. Experiencias del derecho comparado

A continuación, revisaremos algunos casos concretos que muestran la experiencia de países, al momento de tratar el acceso al derecho a la seguridad social de personas en situación de movilidad humana. En cuanto al caso de la Unión Europea,⁴⁶ la Comisión Europea ha precisado que

“La elegibilidad de los trabajadores migrantes para recibir prestaciones depende de si un migrante es considerado como «residente habitual». Los criterios que se emplean para evaluar lo anterior incluyen el estatus familiar, la duración de la

46 Sobre el tema, la AISS ha precisado que la Unión Europea tiene instrumentos legales no solo para garantizar la cobertura de los trabajadores migrantes que encuentran empleo en otro país, sino también para mantener la adecuación de las prestaciones para cuando estos trabajadores lleguen a la jubilación. El planteamiento es la totalización de los derechos a prestaciones: en efecto, cuando se prevea un periodo de cotización mínimo, este se determinará teniendo en cuenta todas las aportaciones realizadas en cualquier lugar de la UE. El cálculo de los derechos adquiridos se lleva a cabo mediante un método proporcional. Supongamos, por ejemplo, que una persona haya trabajado 5 años en Luxemburgo, 25 en el Reino Unido y 10 en España. El cálculo de la pensión de jubilación que cada país deberá pagarle se hará sobre la base contributiva de 40 años, pero se calculará bien de forma proporcional o bien mediante la tasa general aplicable al monto acumulado si las prestaciones se determinaran de esta forma”. Holzmann, R.; Koettl, J. 2012. *Portability of pension, health, and other social benefits: Facts, concepts, and issues* (CESifo Working paper, núm. 4002). Múnich, Center for Economic Studies and Ifo Institute. Página 41.

estancia, las fuentes de ingresos familiares, el historial laboral y dónde paga impuestos el trabajador. La legislación actual de la UE permite a sus ciudadanos buscar trabajo en otro país durante 90 días. Durante este periodo, no tienen derecho a pedir prestaciones de seguridad social, y si no encuentran trabajo, deben volver a su respectivo país de origen. Como respuesta a la opinión pública negativa en algunos Estados miembros respecto a los derechos de los trabajadores migrantes, la UE ha publicado una guía para evaluar este criterio”⁴⁷.

Sobre la Unión Europea (en adelante “la UE”), se debe adicionar que la de circulación de los trabajadores es una de las cuatro libertades fundamentales y, para concretar este acometido, se han previsto una serie de medidas legislativas y de disposiciones complementarias relativas a la seguridad social con objeto de apoyar a los trabajadores migrantes, de conformidad con tres principios esenciales:

1. Igualdad y no discriminación entre nacionales de los Estados miembros de la UE y otros países.
2. Garantía de transferibilidad de las prestaciones de seguridad social entre Estados miembros.
3. La totalización de los períodos de cobertura para la determinación del derecho a una prestación.⁴⁸

47 Comisión Europea. *Libertad de circulación: La Comisión publica una guía de aplicación de la «prueba de residencia habitual a efectos de seguridad social*. Press Release Database 13 de enero de 2014 p.1.

48 Asociación Internacional de Seguridad Social. (2013) *Social security coverage extension in the BRICS: A comparative study on the extension of coverage in Brazil, the Russian Federation, India, China and South Africa*. Ginebra: Asociación Internacional de la Seguridad Social. Página 38.

En el caso del Reino Unido, *lato sensu*, la seguridad social se divide entre “beneficios del contribuyente” y “beneficios del no contribuyente”. Las prestaciones que se establecen para el primero son pensiones o subsidios por invalidez, muerte, maternidad y jubilación. Para el segundo supuesto, las prestaciones incluyen las de invalidez, desempleo y beneficios de familia. No existen límites en función de la nacionalidad para acceder a los beneficios del contribuyente. En efecto, cualquier trabajador migrante que aporte al sistema –sea como autónomo o como dependiente– puede gozar de las prestaciones del régimen. Sin embargo, actualmente los trabajadores migrantes no tienen el derecho a las prestaciones del régimen del no contribuyente, toda vez que no pueden gozar directamente de fondos públicos.⁴⁹

En el caso de China, la AISS ha subrayado que desde el 2007 se han realizado en este país esfuerzos importantes para extender la protección de la seguridad social. En tal sentido, los trabajadores migrantes del sector del campo –que básicamente consiste en trabajadores del sudeste asiático– cubiertos bajo el régimen simplificado o básico de pensiones se triplicaron entre el 2006 y el 2011; además, se duplicaron en el régimen básico de seguro médico de los empleados urbanos. Del mismo modo, el alcance de la cobertura bajo programas de accidentes laborales alcanzó 68 millones de trabajadores en el 2011.⁵⁰

49 European Migration Network (2017). Migrant access to social security: Policies and practice in the UK, disponible en https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/28a_uk_social_security_study_en_final.pdf

50 Asociación Internacional de Seguridad Social. (2013) *Social security coverage extension in the BRICS: A comparative study on the extension of coverage in Brazil, the Russian Federation, India, China and South Africa*. Ginebra: Asociación Internacional de la Seguridad Social.

En el caso de Canadá, el Programa de Trabajadores Agrícolas Estacionales es un ejemplo de buena práctica, pues:

En primer lugar, la normativa por la que se rigen los trabajadores migrantes en materia de protección social es similar a la de los trabajadores canadienses, incluyendo las prestaciones de salud y las asignaciones familiares. En segundo lugar, el Gobierno involucra a los empleados en el diseño y la ejecución del programa, y da libertad a las agencias que lo administran para aplicar las reglas. En tercer lugar, la ley canadiense trata el estatus de no ciudadano en el marco de la legislación contra la discriminación, otorgando a los trabajadores migrantes la misma condición jurídica que a otros grupos que gozan de una protección expresa”.⁵¹

Conclusión

La garantía del derecho humano a la seguridad social frente a personas en situación de movilidad, es una obligación internacional de los Estados que se deriva tanto de la prohibición absoluta de discriminación en función de la nacionalidad como de instrumentos como –en concreto– el Convenio 118 de la OIT. Además, su satisfacción se encuentra estrechamente relacionada con voluntad política, diseño a medida de las prestaciones, compromiso financiero y procedimientos administrativos apropiados. Actualmente, la región enfrenta un reto de enormes proporciones frente a la garantía de los derechos humanos de la población venezolana.

La seguridad social no es un derecho anexo al trabajo, sino que es condición para asegurar el bienestar de la población migrante

51 *Ibid.* p. 35.

por su capacidad de garantizar el acceso a prestaciones de salud, riesgos, vejez, etc. Pero también, como hemos visto, su garantía tiene un enorme potencial para eliminar visos de xenofobia, pues establece una igualdad material frente a la ley en el contexto de la vinculación laboral y la realización de actividades productivas.

Visas humanitarias. La experiencia del Programa Siria en Argentina

*María Soledad Figueroa**
*María José Marcogliese***

Introducción

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante “la Asamblea General de la ONU”) adoptó, el 17 de diciembre del 2018, la Resolución A RES/73/151 mediante la cual se aprobó el Pacto Mundial sobre Refugiados¹ (en adelante “el Pacto Mundial” o “el Pacto”). Tal como se enuncia en la

* Abogada por la Universidad de Buenos Aires, asesora jurídica de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Argentina, excomisionada ante la Comisión Nacional para los Refugiados, exconsultora del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y docente del curso sobre Derecho de los Refugiados de la maestría sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Buenos Aires (2010-2018).

** Licenciada en Sociología y magister en Políticas de Migraciones Internacionales por la Universidad de Buenos Aires, secretaria ejecutiva de la Comisión Nacional para los Refugiados de Argentina, consultora del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), docente Universidad Nacional de Tres de Febrero y cursando actualmente estudios de doctorado en Ciencias Sociales en la Universitat de Valencia.

1 ONU. *Resolución aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre del 2018*, Asamblea General, A/RES/73/151, distribución general 10 de enero del 2019, disponible en https://www.acnur.org/excom/ag_inf/5c644cfe4/oficina-del-alto-comisionado-de-las-naciones-unidas-resolucion-aprobada.html

Nota Introductoria al mismo, elaborada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante “el ACNUR”), su importancia radica –entre otras– en representar la voluntad política y la ambición de poner en práctica el principio de responsabilidad compartida. Los objetivos del Pacto Mundial son: i) aliviar las presiones sobre los países de acogida, ii) promover la autosuficiencia de los refugiados, iii) ampliar el acceso a las soluciones que impliquen a terceros países y iv) favorecer en los países de origen condiciones que propicien un retorno en condiciones de seguridad y dignidad.

Para la consecución de sus objetivos relacionados con el acceso a soluciones, el Pacto se refiere a las clásicas soluciones duraderas –repatriación voluntaria, integración local y reasentamiento– pero también a otras locales –permisos de estancia temporal, por ejemplo– y “vías complementarias para la admisión en terceros países, que pueden ofrecer oportunidades adicionales”,² presentando estas vías para la admisión de personas necesitadas de protección internacional como complemento al reasentamiento, en la medida en que facilitan el acceso a la protección y/o soluciones. E insta a que esas vías “se ofrezcan de manera más sistemática, organizada y sostenible y prestando mayor atención a las cuestiones de género, por que [sic] prevean garantías de protección adecuadas y por que, [sic] de forma general, un mayor número de países brinden esas oportunidades”.³

2 ONU. *Pacto mundial sobre los refugiados*, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Parte II, Asamblea General, Documentos Oficiales, Septuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 12 (A/73/12 (Part II)), Nueva York, 2018, párr. 85, disponible en https://www.unhcr.org/gcr/GCR_Spanish.pdf

3 *Ibid.*, párr. 94.

A su vez, se propone recabar contribuciones de los Estados –con el apoyo de las partes interesadas pertinentes– “a fin de [...] establecer programas de patrocinio privados o comunitarios que se sumen a los programas regulares de reasentamiento, como los programas comunitarios promovidos a través de la Iniciativa Global para el Patrocinio de Refugiados”. Plantea también que “otras contribuciones en el ámbito de las vías complementarias podrían consistir en visados humanitarios, corredores humanitarios y otros programas de admisión por motivos humanitarios”.⁴

Algunos Estados de América del Sur han desarrollado interesantes experiencias en materia de visados humanitarios. Sus prácticas fueron consideradas en la elaboración del Pacto Mundial. Este, de hecho, se basó en un amplio proceso de consultas dirigido por el ACNUR con los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante “la ONU”) y otros actores clave. Una de estas consultas había tenido lugar en febrero del 2018 en la ciudad de Brasilia, Brasil, con los objetivos –entre otros– de compilar una lista de buenas prácticas y compromisos de la región, así como presentar recomendaciones que sirvan como contribuciones de la región al Pacto Mundial sobre los Refugiados.⁵ Como producto de la Reunión Consultiva, los Estados y territorios de la región elaboraron un documento titulado *Los 100 puntos de Brasilia. Aportes de América Latina y el Caribe para el Pacto Mundial sobre Refugiados*,⁶ en el

4 Cfr. *Ibid.*, párr. 95.

5 Nota conceptual. Reunión Consultiva de América Latina y el Caribe como una Contribución Regional al Pacto Mundial sobre Refugiados. Brasilia, 19-20 de febrero del 2018. disponible en https://www.acnur.org/publications/pub_errf/5b58e98b4/nota-conceptual-reunion-consultiva-de-america-latina-y-el-caribe-como-una.html

6 ACNUR y otros. *Los 100 puntos de Brasilia. Aportes de América Latina y el Caribe para el Pacto Mundial sobre Refugiados*, Brasilia, 20 de febrero del 2018,

cual incluían las buenas experiencias regionales en materia de protección.

En el apartado referido a soluciones duraderas destaca, precisamente, la experiencia que algunos países venían desarrollando en el establecimiento de otras vías legales de admisión de personas con necesidades de protección. En particular, da cuenta de la “implementación de programas de visas humanitarias para personas en áreas de conflicto armado para facilitar la salida de su país de origen o de los países vecinos, favoreciendo la coordinación y el apoyo entre distintos actores de la sociedad civil, individuos privados y los gobiernos federales y locales, como en el caso sirio”⁷ Uruguay, Argentina y posteriormente Chile⁸ habían desarrollado –a partir del 2014– experiencias de reasentamiento y admisión de personas sirias.

En el presente documento presentaremos y discutiremos el desarrollo de este mecanismo en el caso argentino. No es el objetivo de este documento analizar el proceso de integración de la población refugiada llegada bajo el Programa Siria, sino fundamentalmente el desarrollo de este como respuesta político institucional innovadora a una situación de desplazamiento forzado.

disponible en https://www.acnur.org/publications/pub_crrf/5b58ea6c4/los-100-puntos-de-brasil-ia-aportes-de-america-latina-y-el-caribe-para-el.html

7 *Ibid.*, párr. 65.

8 Brasil implementó también un programa de visado humanitario que facilitaba el ingreso de personas de nacionalidad siria a su territorio que manifiesten voluntad de solicitar el reconocimiento del estatuto de refugiado en ese país. El programa no incluía mecanismos de regularización migratoria posteriores ni medidas específicas de asistencia y apoyo a la integración local, sino que solo facilitaba el viaje y una vez que ingresaban al país las personas debían solicitar estatuto de refugiado (Resolución Normativa CONARE N° 17 de 20/09/2013, prorrogada por Resolución N° 20 del 21/09/2015).

I. Antecedentes: la llegada de sirios y la respuesta a través de los sistemas migratorios y de asilo vigentes

Hacia fines del 2014 –según datos del ACNUR– se estimaba que el conflicto en la República Árabe Siria (en adelante “Siria”) había producido 7,6 millones de personas desplazadas internamente, mientras que 3,8 millones de refugiados habían logrado atravesar las fronteras internacionales en busca de protección.⁹ Las cifras convertían ya entonces la siria, en la principal crisis de desplazados y refugiados desde la Segunda Guerra Mundial.

Algunas de esas personas que se desplazaban fuera de la frontera buscando protección, llegaron a América del Sur. Argentina había recibido hacia fines del 2014, 91 solicitudes de estatuto de refugiado de personas de nacionalidad siria.¹⁰ El organismo encargado de determinar dicha condición –la Comisión Nacional para los Refugiados (en adelante “la CONARE”)– había decidido tramitar las solicitudes por la vía de un procedimiento sumario, considerando que se trataba de solicitudes con evidentes necesidades de protección internacional como refugiados y entendiéndolas, por tanto, como “manifiestamente fundadas”.¹¹ Esto agilizaba no solo la resolución del caso, sino también el acceso sin dilaciones de los refugiados a documentación; así se facilitaban su integración y su derecho a la reunificación familiar.

9 ACNUR. *Mundo en guerra. Tendencias globales 2014. Desplazamiento forzado en 2014*, junio del 2015, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/10072.pdf>

10 Comisión Nacional para los Refugiados. *Estadísticas. Período 2014 - 2018*, disponible en http://www.migraciones.gov.ar/pdf/conare/estadisticas_conare_2014_2018.pdf

11 Conforme el procedimiento dispuesto por Acta Resolutiva N° 001/2009 de la CONARE.

En la gran mayoría de los casos, las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiados hechas por nacionales sirios se resolvían con base en el artículo 4, inciso b), de la Ley General de Reconocimiento y Protección a Refugiados; es decir, por aplicación de la definición ampliada de refugiados propuesta en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984.

De acuerdo a los datos de la Secretaría Ejecutiva de la CONARE, se tiene que las solicitudes de asilo se incrementaron el año siguiente para posteriormente descender: 159 en el 2015, 45 en el 2016, 62 en el 2017 y 32 en el 2018. En casi la totalidad de los casos resueltos por el fondo, las personas solicitantes fueron reconocidas como personas refugiadas.

Por su parte, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto informaba también sobre una serie de consultas recibidas en distintos consulados argentinos por parte de personas de nacionalidad siria con intenciones de ingresar al país. Al inicio del conflicto y aún luego de la puesta en marcha del Programa Siria, la obtención de visas de turismo había sido el método más utilizado para ello incluso cuando resultaba evidente que los motivos del desplazamiento de población siria no eran turísticos.

II. El surgimiento y la evolución del Programa Siria bajo la administración Fernández de Kirchner

El 14 de octubre del 2014, la Dirección Nacional de Migraciones (en adelante “la DNM”) aprobó la Disposición DNM N° 3915/2014 (en adelante “la Disposición”).¹² Mediante este instrumento se establece el denominado Programa especial

12 Disposición DNM N° 3915/2014, disponible en <https://www.refworld.org/es/pdfid/5a8de92c4.pdf>

de visado humanitario para extranjeros afectados por el conflicto de la Siria, más conocido como Programa Siria. En sus considerandos, la norma da cuenta del conflicto armado que se desarrolla en Siria, la pérdida de vidas y el desplazamiento forzado de su población; cita información del ACNUR, enmarcándose “en las políticas de protección de los derechos humanos” y con un claro lenguaje de protección internacional. A su vez, señala que el objetivo del Programa Siria es “dar una respuesta concreta a la grave crisis humanitaria que continúa asolando a dicho país y a la situación de emergencia en que se encuentra la población refugiada, en el entendimiento de que las necesidades de protección y las proporciones de la crisis humanitaria que afecta a la población civil, requieren del mayor compromiso por parte de todos los Estados y de respuestas basadas no sólo en el derecho internacional de los refugiados”.

Asimismo, es de destacar que la norma alude a la “importante comunidad de sirio-libaneses con fuertes lazos comunitarios, quienes se encuentran vinculados en Asociaciones y Federaciones que han demostrado en numerosas oportunidades su solidaridad hacia quienes sufren las consecuencias del conflicto de la REPUBLICA ÁRABE SIRIA y que han expresado su interés en acompañar el proceso de recepción, acogida e integración de las personas beneficiarias de este Programa Especial”.

El carácter de mecanismo orientado a la protección también es explicitado en sus considerandos, cuando hace referencia a que la iniciativa responde a los continuos llamamientos de los organismos internacionales a fin de que los Estados exploren “formas concretas y significativas de expresar la solidaridad [...] ya sea mediante la admisión humanitaria, el reasentamiento u otras formas de ingreso, la simplificación o tramitación acelerada de las reunificaciones familiares y los procedimientos de visado”.

En efecto, el Programa Siria surge –en principio– por un deber de solidaridad para con las víctimas del conflicto. Dentro de la DNM, este fue elaborado por la entonces Dirección de Asuntos Internacionales y Sociales cuyo titular era, a su vez, presidente de la CONARE. Claramente, el enfoque de protección y experiencia dada por el análisis de solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado de personas sirias hecho hasta entonces, motivó la necesidad de establecer un mecanismo para extender el brazo de la protección incluso a personas que aún se encontraban en territorio sirio.

Esta iniciativa respondía también a los continuos llamamientos realizados por los organismos internacionales –en particular ACNUR– a fin de que los Estados ofrecieran posibilidades de ingreso, admisión humanitaria o reasentamiento de la población afectada sin perjuicio de asegurar que quienes huyesen del conflicto tuvieran el derecho a solicitar asilo. En particular, desde los inicios del conflicto, en Siria la comunidad internacional venía instando a los Estados a explorar formas –concretas y significativas– de expresar la solidaridad para compartir la inmensa carga y las responsabilidades de protección que estaban siendo asumidas por sus países vecinos.

Ello, así, evidencia por parte del organismo migratorio el carácter de cuestión de política internacional que adquiere la crisis humanitaria siria. Una muestra de solidaridad para con las víctimas del conflicto seguramente sería aplaudida y elogiada en los foros internacionales. De hecho, la Disposición misma menciona que varios países del mundo desarrollado¹³ decidieron ofrecer “plazas de admisión humanitaria” o ampliaron “sus cuotas de reasentamiento”, o crearon programas específicos de visados por razones humanitarias para personas forzosamente

13 Alemania, Australia, Brasil, Canadá, Dinamarca, Finlandia, los Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, España, Suecia y Suiza.

desplazadas por el conflicto armado sirio”. Asimismo, aunque con diferencias, Uruguay comenzaba un programa de reasentamiento;¹⁴ Argentina, por su parte, buscaba pertenecer a ese reducido grupo y mostrar así credenciales en materia de derechos humanos.

Finalmente, era preciso regular la cuestión de la emisión de los visados por parte de las autoridades consulares tanto en Siria como en los países vecinos, dado que los nacionales de ese país requerían uno previo para su ingreso a la Argentina. En efecto, como fuera expuesto en el apartado precedente, las solicitudes de visado para viajar a Argentina eran analizadas con los procedimientos típicos –turismo, motivos familiares o laborales– y la gran mayoría de las solicitudes no reunían los requisitos propios de los mismos, por lo que las autoridades consulares necesitaban una herramienta para otorgar algún visado realista y acorde a las verdaderas motivaciones de los solicitantes, que no eran otras sino huir de la situación que se estaba viviendo.

Pero, a su vez, los redactores del proyecto de la Disposición eran muy conscientes de dos limitaciones claras: la cuestión presupuestaria y el apoyo de la opinión pública. Un programa de esas características, para que fuera viable requería fondos que difícilmente el Poder Ejecutivo Nacional estaba dispuesto a procurar. Hacia octubre del 2014 –cuando se aprueba la Disposición– el escenario económico argentino se mostraba complicado debido al déficit fiscal, la inflación, la disminución del poder adquisitivo de los salarios y la consecuente demanda

14 Para mayor información al respecto, véase Alfaro, Michele. y Lettieri, Martín. “En búsqueda de soluciones sostenibles para el reasentamiento de refugiados en América Latina”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, año 42, número 95, 2017, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2018, disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_juridica/rjba-2017-ii.pdf

de dólares. Íntimamente relacionado con ese contexto, era de presumir que la opinión pública no acogería favorablemente iniciativas como la de un Programa de estas características que requería del Estado nacional aportar fondos.

Paralelamente, la mala experiencia que había tenido Uruguay con la recepción de refugiados sirios –en donde la mayoría había manifestado fuertes reclamos a las autoridades nacionales y solicitaban regresar a su país de origen a pesar de que el conflicto persistía– también fue tenido en cuenta al momento de decidir qué mecanismo adoptar para facilitar el ingreso y la integración de población siria en Argentina.

Por su parte, también se consideró la experiencia que en el territorio nacional se tuvo durante la implementación del Programa de Reasentamiento Solidario llevado a cabo desde el 2005. Las lecciones aprendidas en ese contexto dejaron claro que la recepción de refugiados en el marco de un programa específico, constituye un asunto de extrema complejidad que solo puede ser implementado en la medida en que se cumplan dos condiciones fundamentales. Por un lado, que exista un adecuado financiamiento sostenido en el tiempo; por el otro, que se realice de acuerdo a las condiciones y posibilidades del país receptor, evaluando la capacidad de los refugiados de lograr su autosuficiencia para el momento en que dejen de contar con la asistencia económica destinada a su manutención.

En efecto, de la evaluación realizada por un consultor externo contratado por el ACNUR a tal efecto surgió que –luego de diez años de la implementación del Programa de Reasentamiento Solidario– muy pocos refugiados habían alcanzado la autosuficiencia para el final del primer año y, en algunos casos, solo lo lograron luego de dos años o más.¹⁵

15 Ruiz, Hiram. *Evaluación de Programas de Reasentamiento en Argentina, Brasil,*

Considerando estas circunstancias, el Programa se inicia con una interesante particularidad: se trata de facilitar el ingreso al país mediante la tramitación de permisos para tal fin y visados por razones humanitarias bajo patrocinio privado. Así, cada solicitud debía ser promovida por una persona a quien se denomina “llamante” en favor de la beneficiaria; la primera debía suscribir una carta de invitación fundada en su vínculo de parentesco o afectividad, asumiendo el compromiso explícito de brindar asistencia en materia de alojamiento y manutención así como el de acompañar su proceso de integración y autosuficiencia. En sus inicios, el periodo de apoyo por parte de la persona “llamante”, no tenía fecha de finalización.

El Programa establece como beneficiarias¹⁶ a personas de nacionalidad siria y sus familiares, independientemente de su país de origen; también a personas palestinas residentes o exresidentes en Siria y asistidas por la Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en Oriente (UNRWA, por sus siglas en inglés). Asimismo, determina que el beneficio consiste en un permiso de ingreso y consecuente visado temporario válido por dos años,¹⁷ el cual podría ser otorgado tanto en la representación diplomática argentina ubicada en Siria como también en cualquier otra donde el la persona beneficiaria se encontrara residiendo legalmente o, de hecho, “siempre que sea dentro de los países de las regiones lindantes o afectadas por

Chile, Paraguay y Uruguay, ACNUR, 2015, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10252.pdf>

16 Nótese que las personas acogidas tienen un estatus de “beneficiarias”, una terminología reñida con la noción de protección que será una constante en el desarrollo del Programa desde entonces.

17 En la categoría prevista por el artículo 23, inciso m), de la Ley de Migraciones N° 25.871, por razones humanitarias, y por el plazo de dos años, con permiso de ejercer tareas remuneradas, entrar y salir del país libremente y obtener un documento nacional de identidad para extranjeros.

el conflicto”¹⁸; y como modo de facilitación se señala que, de no haber representación del país, podrían utilizarse mecanismos de cooperación consular previstos en el marco del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) entre sus Estados parte y asociados.

En cuanto a los requisitos para la obtención del visado por cuestiones humanitarias se exige documentación de viaje válida y vigente, certificado de carencia de antecedentes penales del país de origen o residencia habitual y –cuando corresponda– documentación que acredite el vínculo familiar. Este último abarca al cónyuge o con quien la persona solicitante se halle ligada en razón de afectividad y convivencia, así como por vínculos de consanguinidad incluyendo a ascendientes, descendientes y colaterales hasta el cuarto grado, independientemente de la edad.

En cuanto al vínculo de afectividad, este alcanza a toda relación de conocimiento personal preexistente por cualquier motivo lícito, razonable y justificable por ser familiar, social, de estudio, de trabajo, etc. La evaluación sobre estas circunstancias queda a consideración de la autoridad migratoria y no dará lugar a ulteriores reclamos.

A su vez, la persona “llamante” debe acreditar su identidad con el correspondiente documento vigente el cual corrobore su nacionalidad argentina o su calidad de residente permanente en el país y, asimismo, debe establecer su domicilio.

Asimismo, la Disposición señala que ante la imposibilidad de acreditar la carencia de antecedentes penales o vínculos familiares, la documentación podrá suplirse por otros medios alternativos.

18 Disposición DNM N° 3915/2014, ANEXO I, artículo 3, inciso b).

Nótese que el Programa tiene una característica esencial, que permanecerá a pesar de sus sucesivas modificaciones: las personas arribadas bajo el mismo a quienes se les reconocen necesidades de protección, no son sin embargo consideradas refugiadas. Su estatuto en el país es el de personas migrantes y, como tales, conforme lo dispuesto en la Ley de Migraciones N° 25.871 se les asegura un trato en las mismas condiciones de protección, amparo y derecho que gozan los ciudadanos argentinos.

La Disposición sienta tímidamente las bases para el desarrollo de una política novedosa en materia de protección internacional. Tiene una debilidad intrínseca: en el ordenamiento legal argentino, este tipo de disposiciones son decisiones emanadas de una autoridad administrativa no superior sobre cuestiones o asuntos de su competencia. Se trata pues de una norma de menor jerarquía que una resolución ministerial, un decreto presidencial y –lógicamente– una ley emanada del Poder Legislativo.

Tal y como es concebido, el Programa tiene una vigencia de un año al cabo del cual la autoridad migratoria decide renovarlo.

Hacia septiembre del 2015, la aparición de la fotografía de Aylan Kurdi yaciendo muerto en una playa de Turquía puso el drama del desplazamiento sirio en el centro de la agenda internacional. La opinión pública argentina comenzó a preguntarse qué se estaba haciendo o se podía hacer en relación con esa crisis. Esto tuvo impacto en la visibilización del Programa Siria: la respuesta político institucional para con las víctimas del conflicto en ese país pasó a estar en los medios de comunicación y, consecuentemente, captó el interés de potenciales “llamantes”.

En octubre del 2015, aún bajo la administración Kirchner, el Programa fue prorrogado por otro año entendiendo que persistía “la situación de conflicto armado y emergencia humanitaria

prevaleciente en Siria”.¹⁹ Entre los considerandos de la respectiva Disposición –la DNM N° 4499/2015– (en adelante “la segunda Disposición”) se señala que “no sólo la comunidad sirio-libanesa presente en la República Argentina, sino un número significativo de personas y organizaciones de la sociedad civil han manifestado y expresado su desinteresada generosidad y su interés en involucrarse de distintas maneras en el Programa Siria [...] y para que esta medida constituya una respuesta efectiva y eficaz para proteger los derechos de esta población en situación de extrema vulnerabilidad, se ha considerado conveniente introducir algunas modificaciones en la norma, flexibilizando la documentación exigible, en determinados supuestos, permitiendo así alcanzar a un mayor número de personas afectadas por el conflicto sirio”.

En efecto, la segunda Disposición por un lado flexibiliza los requisitos al no requerir el vínculo familiar o de afectividad para la persona “llamante”, abriendo otras posibilidades que exceden el marco de los vínculos anteriormente exigidos y habilita la tramitación del visado desde cualquier representación consular argentina, sin limitación geográfica. Por el otro, introduce un aspecto original relativo al patrocinio privado: incorpora la posibilidad de que la persona “llamante” cuente con el aval de una organización garante del compromiso previsto en materia de integración, pudiendo tenerse así mayor flexibilidad respecto a la documentación a exigirle a la primera.

Esta ampliación hacia las personas “llamantes” no familiares se inspira en el modelo canadiense de patrocinio privado o comunitario, llevado adelante por grupos de personas particulares u organizaciones sociales.

19 Disposición DNM N° 4499/2015, disponible en <https://www.refworld.org/es/pdfid/5a8de5824.pdf>

III. La etapa bajo la administración Macri: la cooperación internacional, el fortalecimiento de los aspectos de integración y el énfasis en aspectos de seguridad

Tras asumir la Presidencia de la República Mauricio Macri, se producen una serie de cambios en las políticas migratorias y de asilo de carácter regresivo²⁰ que llevan a buena parte de la sociedad civil a dudar sobre la continuidad del Programa Siria. Sin embargo, meses después de su inicio, el nuevo Gobierno anuncia en junio del 2016 su intención de ampliar el número de personas sirias a ser recibidas. En agosto, en el marco de un acuerdo con la Unión Europea, el presidente en persona anuncia la cifra de 3000 refugiados pero “teniendo en cuenta las capacidades locales de recepción”.²¹ Dicho compromiso es reiterado en sucesivos foros, tales como en la Reunión de alto nivel sobre refugiados y migrantes convocada por la Asamblea General de la ONU en septiembre.

Con fecha 5 de septiembre del 2016, mediante la Disposición DNM N° 4683/2016 (en adelante “la tercera Disposición”),²² se introducen modificaciones al Programa que procuran adecuar los requisitos para los “llamantes” o “requerentes” en la tramitación de permisos de ingreso y visados de las personas beneficiarias del Programa Siria con el propósito de fortalecerlo y potenciarlo.

20 Figari Costa, Nicolás y Penchaszadeh, Ana Paula. “Protección internacional e integración local en argentina hoy. Contrastes entre los programas de visados humanitarios y el sistema de asilo”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, año 42, número 95, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2017, p. 302-303, disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_juridica/rjba-2017-ii.pdf

21 Rivas Molina, Federico. *Argentina recibirá a 3000 refugiados sirios*, El País, Buenos Aires, 14 de agosto del 2016, disponible en https://elpais.com/internacional/2016/07/05/argentina/1467741569_521070.html

22 Disposición DNM N° 4683/2016 del 5 de septiembre de 2016, disponible en <https://www.refworld.org/es/pdfid/5a8de1c34.pdf>

Por un lado, elimina el límite temporal de vigencia al disponer que el Programa se mantendrá funcionando en tanto continúe el conflicto en Siria. Asimismo, establece que la obligación asumida por la persona “llamante” de brindar alojamiento y manutención tiene un año de duración. Mantiene la posibilidad de que los “llamantes” tengan o no vínculos familiares, así como la de contar con el aval de una organización que garantice su compromiso.

Además de la figura general del “llamante”, la tercera Disposición incluye a los “requirentes”; se trata de personas jurídicas a las que se les exige su inscripción en el Registro Nacional Único de Requirentes de Extranjeros (en adelante “el RENURE”).²³ Pueden actuar como tales, entre otras entidades, “organizaciones de reconocido prestigio o experiencia en trabajo humanitario en nuestro país” así como “gobiernos provinciales o municipales que manifiesten su intención de facilitar el ingreso de beneficiarios al Programa Siria”.²⁴ Tanto “llamantes” como “requirentes” deberán explicitar el vínculo que tienen con la persona beneficiaria, sea ese directo o a través de una organización o institución que los vincule.

La tercera Disposición también deja establecidos ciertos mecanismos vinculados al procedimiento tales como la intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, y la realización de una entrevista consular previa al otorgamiento del visado.

De manera concomitante, el 16 de septiembre del 2016 se aprueba –con la firma del presidente Macri– el Decreto N°

23 El RENURE de la DNM es un mecanismo dirigido a registrar a toda persona física que actúe en nombre y representación de una persona jurídica que pretenda obtener un beneficio migratorio para un extranjero. Se encuentra regulado por la Disposición DNM N° 54618/08 y sus modificatorias.

24 Disposición DNM N° 4683/2016, ANEXO I, artículo 10.2.

1034/2016²⁵ que crea, en la órbita de la jefatura de gabinete de ministros, el Gabinete Nacional del Programa Siria con la finalidad de “establecer las directrices generales para la recepción humanitaria de personas desplazadas forzosamente como consecuencia del conflicto en la REPÚBLICA ARABE SIRIA y proponer acciones interministeriales en materia de integración social” de quienes arriben “por los distintos mecanismos de admisión humanitaria disponibles”. El Decreto establece también que el Gabinete estaría integrado por los ministros del Interior, de Obras Públicas y Vivienda, de Relaciones Exteriores y Culto, de Desarrollo Social, de Educación y Deportes, de Salud de Justicia y Derechos Humanos, de Seguridad, de Cultura y de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, así como por la Agencia Federal de Inteligencia.

A nivel internacional, en junio del 2017 se llevan adelante las Consultas Anuales Tripartitas sobre Reasentamiento del ACNUR en Ginebra y se lanza el sitio web de la Iniciativa Global para el Patrocinio de Refugiados (en adelante “la GRSI”, por sus siglas en inglés), la cual fue oficializada meses antes en ocasión de las cumbres de la ONU. La GRSI es una iniciativa conjunta liderada por el gobierno de Canadá, el ACNUR, *Open Society Foundation*, *Giustra Foundation* y la Universidad de Ottawa. Siguiendo el ejemplo canadiense y bajo el paraguas de esta iniciativa global, se desarrolla en Argentina el mecanismo del patrocinio comunitario y se crea la Red de organizaciones de la sociedad civil vinculadas con el patrocinio comunitario de personas refugiadas –en particular las vinculadas al Programa Siria– que incluye individuos, organizaciones no gubernamentales, escuelas, universidades, gobiernos locales y empresas.

25 Decreto N° 1034/2016 del 16 de septiembre del 2016, disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/web/utills/pdfView?file=%2Fpdf%2Faviso%2Fprimera%2F151199%2F20160922>

Hacia mediados del 2017, tanto el ACNUR como la Organización Internacional de Migraciones (en adelante “la OIM”) se involucran apoyando la implementación del Programa mediante el fortalecimiento de la capacidad institucional y el apoyo al proceso de selección, traslado, recepción e integración de sus beneficiarios.

Asimismo, en el 2017 también –atento a la posibilidad de que Gobiernos provinciales se sumen al Programa– el de la provincia de San Luis se compromete a patrocinar la llegada de 200 personas y brindar apoyo económico por el plazo de dos años, solicitándole al ACNUR el apoyo para la identificación y referencia de casos de refugiados sirios residentes en Líbano.²⁶ En la citada provincia se crea también un cuerpo especial integrado por el Corredor Humanitario y el Comité de Refugiados de San Luis con el objeto de acompañar y facilitar el proceso de integración, incluyendo voluntarios que brindan tanto apoyo inicial como atención a las familias; asimismo, coordinan actividades en favor de la integración entre las cuales destacan el alojamiento, las clases de español, el apoyo en la búsqueda laboral y la asistencia para la inscripción de los niños en la escuela. La importancia de la entrada en escena del Gobierno provincial de San Luis, reside en que inauguró una interesante modalidad de participación estatal: asumiendo la garantía del proceso, gestionando la admisión, elaborando estrategias de acogida de mediano y largo plazo, y realizando el seguimiento de forma autónoma.

Sin embargo, para fines del 2017, solo 300 personas habían arribado al país por el Programa; muy lejos, esa cantidad, de las 3000 anunciadas.²⁷

26 Cfr. Alfaro, Michele y Lettieri, Martín. “En búsqueda de soluciones sostenibles...”, p. 239.

27 Cfr., *Ibid.*, p. 238.

En agosto del 2018 se lanzó el proyecto denominado Fortalecimiento de la protección internacional, recepción e integración de refugiados en Argentina. Este es financiado por la Unión Europea (en adelante “la UE”) y tiene una duración de dos años; sus objetivos son profundizar las fortalezas del Programa Siria en la recepción e integración de las personas beneficiarias en el país, así como ampliar las oportunidades que ha ido brindando a estas. Según la página web del Gobierno argentino, se desarrolló también un Plan de Acción (en adelante “el Plan”) “de más de 50 actividades para fortalecer las capacidades de protección, recepción e integración de los refugiados”.²⁸ Para ello, se contó con el respaldo del mencionado proyecto financiado por la UE así como del Mecanismo de Apoyo Conjunto para Países de Reasentamiento Emergentes²⁹ (en adelante “el ERCM”, por sus siglas en inglés).

Entre las principales acciones establecidas en el Plan se señalan las siguientes: el fortalecimiento del proceso de selección de casos, a través de las tareas de identificación y referencia de personas refugiadas por parte del ACNUR en Beirut; la realización de sesiones de orientación prepartida a cargo de la OIM; el desarrollo de un Protocolo de Salud; el apoyo de la OIM para las operaciones de traslado (obtención de documentos de viaje, transporte y movilidad de pasajeros, asistencia en aeropuertos, etc.); el fortalecimiento de las capacidades de la Mesa Técnica Nacional del Programa Siria y de las mesas provinciales en el seguimiento y el acompañamiento del proceso de integración; el desarrollo de contenidos relacionados a las

28 Cfr., Extraído de <https://www.argentina.gob.ar/programa-siria/que-hacemos>

29 El ERCM es un mecanismo liderado conjuntamente por la OIM y el ACNUR con el propósito de impulsar y/o fortalecer los programas de reasentamiento y otras vías complementarias de recepción de personas refugiadas. Fue lanzado en ocasión de la Reunión de Alto Nivel de las Naciones Unidas sobre Migrantes y Refugiados en septiembre del 2016.

habilidades de comunicación intercultural de los diferentes actores involucrados en la implementación del Programa; el desarrollo de un curso de capacitación virtual destinado a potenciales “llamantes” o “requirentes”; la puesta en marcha de un curso de español remoto gratuito; y la inauguración del Centro de Orientación a Migrantes y Refugiados para dar apoyo al proceso de integración.³⁰

La siguiente modificación normativa en el marco del Programa se resuelve en febrero del 2019, a través de la Disposición DNM N° 1025 (en adelante “la última Disposición”); esta establece que las “beneficiarias deberán ser personas con necesidades de protección internacional por razones humanitarias como consecuencia del conflicto existente en la República Árabe Siria, cuya vida, seguridad o libertad se hubieran visto amenazadas o gravemente limitadas. Dicha condición se tendrá por acreditada a criterio de la autoridad argentina. Se tramitarán los casos registrados o grabados por el ACNUR, aquellos que hubiesen recibido asistencia humanitaria de otros organismos internacionales reconocidos, o aquellos con vínculo de parentesco acreditados con el llamante”.³¹

A su vez, dispone un nuevo esquema de requisitos para constituirse en “llamante”. En efecto, determina que en el caso de personas sin vínculo de parentesco los “llamantes” deberán formar grupos de tres o más personas adultas con capacidad de asumir el compromiso de brindar alojamiento y manutención a las personas beneficiarias; lo harán por el término de doce meses o en un plazo menor de cuando esta cuente con los medios necesarios para su auto sustentabilidad, siendo solidariamente responsables

30 Cfr. Extraído de: <https://www.argentina.gob.ar/programa-siria/que-hacemos> —

31 Disposición DNM N° 1025/2019 del 27 de febrero del 2019, ANEXO I, artículo 1°, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/disposicion_1025_2019_0.pdf

por su cumplimiento. Esta modificación fue introducida debido a las muchas dificultades con que se enfrentaban los “llamantes” individuales, en lo relativo a contar con los recursos humanos y financieros requeridos para afrontar la integración de las personas beneficiarias.

También se prevé la posibilidad de que, excepcionalmente, se admita como “llamantes” a personas con residencia temporaria superior a un año en el país –la regla es de una residencia mínima de dos años– que tengan vínculo de parentesco con las personas beneficiarias; esto, para permitir que aquellas que llegaron en los primeros grupos, se constituyeran en “llamantes” de nuevos familiares.

Otra de las principales novedades de la última Disposición es la incorporación de nuevos controles de seguridad al proceso de tramitación de estas visas, llevados a cabo por personal de Ministerio de Seguridad de la Nación y la Agencia Federal de Inteligencia; estos organismos deberán informar al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto el resultado de la verificación de seguridad efectuada, a fin de que la autoridad consular resuelva la solicitud de visa pendiente.

Las tramitaciones de visa no estarán limitadas a la oficina consular correspondiente al domicilio legal de la persona beneficiaria; también se podrán hacer en la oficina consular correspondiente a donde esta se encuentre residiendo de hecho. Sin perjuicio de ello, la última Disposición establece que la persona beneficiaria deberá someterse al citado control de seguridad ante la embajada argentina en Líbano o en la representación consular que se determine oportunamente.³² En efecto, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto deberá dar

32 A la fecha de elaboración de este artículo, los controles de seguridad se realizan solo en la embajada argentina en el Líbano.

intervención a los organismos de seguridad correspondientes y remitir un informe a la DNM a fin de resolver la solicitud. Se estipula que, durante la entrevista consular, se indague en particular que la persona beneficiaria no haya tenido intervención como parte armada en el conflicto.

Si bien pueden resultar comprensibles las razones que motivaron la emisión de esta norma, no puede soslayarse que la misma resulta más restrictiva que la versión anterior, no solo en relación con las personas beneficiarios sino también con las “llamantes” y en cuanto a los lugares en donde se pueden iniciar las solicitudes, excluyendo a la propia Siria, y estableciendo nuevos controles de seguridad a realizarse por personal de Ministerio de Seguridad de la Nación en la representación consular en el exterior.

La cuestión que presenta mayor confusión es la referida a las beneficiarias, en tanto no queda clara la referencia a “personas con necesidades de protección internacional por razones humanitarias como consecuencia del conflicto existente en la República Árabe Sira, cuya vida, seguridad o libertad se hubieran visto amenazadas o gravemente limitadas”. La referencia a personas con necesidades de protección internacional lleva a pensar en personas refugiadas. En el mismo sentido pareciera orientarse la última Disposición, cuando señala que se tendrán especialmente en cuenta los casos registrados o grabados por el ACNUR. Resulta llamativa la mención a la “acreditación de dicha condición a criterio de la autoridad argentina”, en la medida en que no se clarifica quién y qué tipo de evaluación se llevará a cabo. Ello por cuanto la competencia para determinar el estatuto de refugiado en el país la ostenta la CONARE.

En efecto, su apartado sobre las personas beneficiarias pareciera hacer referencia a que todas deban ser refugiadas

aun cuando no se les reconozca formalmente su estatuto en la Argentina; en tal sentido, no puede soslayarse que ciertas disposiciones del Programa se superponen con la normativa vigente en materia de protección a refugiados, conforme la Ley 26.165.

En sentido análogo, la última Disposición establece un “mecanismo de seguimiento y monitoreo” en donde se atribuyen a la DNM competencias que también se superponen con las previstas para la CONARE en la legislación, entre las cuales están las siguientes: proteger los derechos de los refugiados y solicitantes de asilo que se hallen bajo la jurisdicción de la República Argentina, en toda circunstancia; resolver sobre el otorgamiento de autorización para las solicitudes de ingreso al país por motivo de reunificación familiar y reasentamiento; convocar a autoridades nacionales, provinciales y municipales a fin de proponer la coordinación de acciones conducentes al cumplimiento de los objetivos de la ley y –en particular– en lo que concierne a la asistencia de los refugiados y sus familiares, su inserción en la vida social y económica del país.³³

En definitiva, la última modificación normativa genera confusión en cuanto a si se trata de un programa de “reasentamiento” de refugiados, tema también de competencia de la CONARE, aun cuando las personas beneficiarias del programa no obtengan –al menos que lo soliciten formalmente estando ya en el país– el estatuto jurídico de refugiado.

Hacia julio del 2019, según datos de la DNM, ingresaron al país 417 personas amparadas por el Programa. El número de permisos de ingreso solicitados en el periodo es de más del doble: 961;³⁴ eso da cuenta también de las dificultades de concretar por

33 Cfr., artículo 25 de la Ley 26.165.

34 Datos a julio del 2019 de la plataforma de la DNM, disponibles en <http://www.>

parte de las personas beneficiarias, “llamantes” y “requirentes” la ansiada salida de Siria y su llegada a Argentina.

Conclusiones

El Programa Siria no se constituyó como un mecanismo de protección complementaria. Es un programa de visado humanitario en el que las personas beneficiarias no acceden al estatuto jurídico de refugiada, sino a una residencia migratoria. El esquema instaurado con el Programa Siria –la necesidad de contar con un “llamante”, las entrevistas consulares y los controles de seguridad– lo enmarcan en un mecanismo de recepción de base humanitaria pero con criterio discrecional, por fuera de las obligaciones emanadas del derecho internacional de los refugiados.

Sin perjuicio de ello, en la última Disposición el Programa dio un giro hacia uno tradicional de reasentamiento de personas refugiadas. A pesar de ello, no se les reconoce de manera automática a las personas beneficiarias su condición de refugiadas; las interesadas deben presentar una solicitud ante la CONARE, lo que habitualmente no hacen. Tampoco, en principio, para el caso de quienes fueron reconocidas oportunamente como refugiadas en un tercer Estado se acepta el carácter extraterritorial de su estatuto.

De hecho, entre los considerandos de la Disposición que crea el Programa Siria se señala que las necesidades de protección y las proporciones de la crisis humanitaria que afecta a la población civil, requieren de respuestas basadas no solo en el derecho internacional de los refugiados; ello, sin perjuicio de asegurar que quienes huyen del conflicto tengan derecho a solicitar asilo.

Es decir, el Programa tiene como premisa la necesidad de protección internacional de las personas beneficiarias pero –en la práctica– la protección brindada se realiza por fuera del sistema internacional de los refugiados y sin la participación del órgano competente, por lo que no se tienen en cuenta ni se aplican los principios básicos de la protección de refugiados tales como la no devolución, la confidencialidad, la ayuda administrativa y un régimen más amplio de reunificación familiar que el previsto para los migrantes, lo que ha traído aparejadas una serie de dificultades para las personas beneficiarias.

Una de estas dificultades se vincula a la reunificación con sus familiares que se encuentran en su país de origen. En efecto, la Ley General de Reconocimiento y Protección de Refugiados N° 26.165 admite el principio de unidad familiar en sus artículos 5 y 6; así, se establece que “para determinar la extensión del derecho mencionado [...], los efectos del reconocimiento de la condición de refugiado se aplicarán por extensión, a su cónyuge o a la persona con la cual el refugiado se halle ligado en razón de afectividad y de convivencia, ascendientes, descendientes y colaterales en primer grado que de él dependan económicamente. Las autoridades competentes resolverán las solicitudes en cada caso y de manera fundada, teniendo en cuenta el derecho vigente, las necesidades invocadas por los solicitantes y los valores culturales de sus países de origen”.

En cambio, la normativa migratoria considera la unidad familiar en el artículo 10 de la Ley N° 25.871 de una manera más restrictiva, extendiéndose al inmigrante “con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes”. Por ende, al no reconocérsele el estatuto de refugiado a la población arribada bajo el Programa y darle el tratamiento de cualquier migrante voluntario, se le limita el derecho a la reunificación familiar.

Lo mismo ocurre con el principio de confidencialidad y ayuda administrativa. No son pocas las personas beneficiarias del Programa que a efectos de tramitar su residencia en nuestro país, deben presentar documentación otorgada y/o intervenida por las autoridades de su país de origen dado que son tratados como trámites estrictamente migratorios. De esta manera, se las expone a serios riesgos al tener necesariamente que tomar contacto con las respectivas autoridades de su país.

Por otro lado, si bien aún no se planteó el dilema es posible pensar que ante una eventual expulsión o extradición de una persona beneficiaria del Programa, la principal salvaguarda que debería incluir su estatuto jurídico en el país –la no devolución– podría verse comprometida.

En otro orden de ideas, cabe destacar que –como bien subraya el ACNUR– “una de las grandes fortalezas del Programa Siria es su dimensión federal y la articulación generada entre las autoridades nacionales y provinciales, así como con otros actores de la sociedad civil”.³⁵ En efecto, a diferencia de lo que ocurre habitualmente con los migrantes o solicitantes de asilo “espontáneos” –que tienden a concentrarse en el área metropolitana de Buenos Aires– las personas sirias que arribaron con visado humanitario repitieron, en buena medida, los patrones de asentamiento de la antigua migración de la que habían surgido los primeros “llamantes”.³⁶

35 ACNUR. *Se realizó el segundo Encuentro Nacional de Autoridades del Programa Siria en Argentina*, 2 de noviembre del 2018, disponible en <https://www.acnur.org/noticias/press/2018/11/5bdcd3894/se-realizo-el-segundo-encuentro-nacional-de-autoridades-del-programa-siria.html>

36 Cfr. CAREF. *Programa Siria: Visa Humanitaria + Patrocinio Privado. Una experiencia innovadora en Argentina. Estudio de Investigación 2017-2018*, Buenos Aires, 25 de septiembre del 2018, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/programa_siria_informe_de_investigacion_2017-2018_final.pdf

Desde el punto de vista de la integración, cabe preguntarse respecto a la pertinencia de que se delegue en particulares e instituciones privadas. Autores como Figari y Penchaszadeh³⁷ consideran que, al descansar en sponsors privados, el Estado se desentiende de sus obligaciones en materia de asistencia e integración de personas refugiadas, que lo son. Al haber delegado el Estado su rol de integrador local principalmente en personas o familias “llamantes” y en los organismos de la sociedad civil adheridos al Programa, surge la pregunta acerca de cómo se dispone el Estado argentino a acoger a las personas y/o familias que ingresan con visados humanitarios, y si la perspectiva de integración tiene los mismos estándares que rigen –o deberían regir– para la población de solicitantes y refugiados.

Por su parte, Alfaro y Lettieri³⁸ señalan también que el rol estatal tradicional en los programas de reasentamiento en cuanto a acogida e integración es sustituido por personas o entidades particulares, pero que no obstante el Estado sí juega un importante papel de coordinación. La DNM, la Jefatura de Gabinete de Ministros y las carteras de Relaciones Exteriores, Educación, Salud, Trabajo, etc., trabajan articuladamente para asegurar el acceso a la documentación, los servicios y los programas sociales disponibles.

Un informe realizado por la Comisión Argentina para Refugiados y Migrantes³⁹ señala que los “llamantes” institucionales cuentan con más recursos humanos y, obviamente, institucionales para afrontar el proceso de llamada en sí y sus múltiples imprevistos, incluyendo planificación para realizar

37 Cfr. Figari Costa, Nicolás y Penchaszadeh, Ana Paula. “Protección internacional e integración local en Argentina hoy...”

38 Cfr. Alfaro, Michele y Lettieri, Martín. “En búsqueda de soluciones sostenibles...”

39 Cfr., CAREF. *Programa Siria: Visa Humanitaria + Patrocinio Privado...*

trámites de llamada simultáneos o sucesivos, seguimiento de los procedimientos administrativos, etc. Por su parte, los “llamantes” particulares han tenido resultados sumamente dispares. En muchas ocasiones, las complejidades de los procesos y la inexperiencia condujeron a situaciones indeseadas. El informe destaca que en este aspecto la respuesta de las instituciones no fue acorde, dejando en evidencia “la orfandad de los “llamantes” no institucionales”.⁴⁰

En consideración de lo anterior, pareciera que tal como ocurrió con la implementación del Programa de Reasentamiento Solidario de colombianos –en el que las cuestiones vinculadas a la integración de los refugiados no estuvieron directamente en manos del Estado– resulta indudable que aun cuando el Programa Siria se centre en el patrocinio comunitario, el Estado no puede mantenerse al margen sino que debe asumir un rol activo para poder impulsar un esfuerzo que sea sustentable en el tiempo y logre una integración eficaz de sus beneficiarios.

Las múltiples aristas de un programa de recepción de personas con necesidades de protección que abarcan el manejo de las expectativas, los recursos personales en el contexto del desplazamiento, las frustraciones y las innumerables cuestiones vinculadas con la integración –en particular el acceso a la vivienda y a un trabajo que permita la autosuficiencia en el mediano plazo, entre otras– son asuntos que un actor privado no puede enfrentar sin la colaboración del Estado.

A pesar de ello, si analizamos el Programa Siria como una herramienta para poner en práctica el objetivo de la responsabilidad compartida del Pacto Mundial, con miras a aliviar las presiones sobre los principales países de acogida y ampliar el acceso a las soluciones que impliquen a terceros

40 *Ibid.*, p.80.

países, es indudable que se trata de una experiencia positiva. Ello por cuanto facilitan el tránsito y el ingreso seguro desde el propio país y el acceso tanto a una residencia temporaria como a derechos fundamentales para reiniciar su vida.

Protección internacional en zonas de frontera: revisión de políticas estatales a la luz de las decisiones de los sistemas europeo e interamericano de protección de derechos humanos

*César Francisco Gallegos Pazmiño**

Introducción

En este artículo, se examina la forma en que los Estados tratan y deberían tratar a los solicitantes de asilo que buscan ingresar a su jurisdicción territorial. Esta cuestión es relevante para muchos gobiernos que tienen que lidiar, por un lado, con sus compromisos de derecho internacional –incluidas sus obligaciones en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951¹ y que a su vez ejercen soberanía sobre sus fronteras. Hay muchas políticas públicas que ejemplifican esta tensión, entre las cuales se encuentra el plan de Australia de enviar solicitantes de asilo

* Abogado de los Tribunales y juzgados de la República del Ecuador por la Universidad Central del Ecuador; asesor adscrito del comité ejecutivo del Centro Educativo Latinoamericano de Investigaciones Sociales para el Siglo XXI; secretario del comité ejecutivo del Centro Educativo Latinoamericano de Investigaciones Sociales para el Siglo XXI.

1 Organización de las Naciones Unidas. *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, Universidad de Minnesota. 19 UST 6259, 189 UNTS 150, (entró en vigor el 22 de abril de 1954, disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/instree/spanish/sv1crsf.html>)

a Malasia y en su lugar recibir refugiados reconocidos². Otro ejemplo es el traslado a un “tercer país seguro”, parte del acuerdo entre Estados Unidos de América y Canadá, que faculta la remisión de solicitantes de refugio a otro país en el marco de la política de “devolución directa”³. Una decisión sobre casos específicos de repatriados consideraba esta práctica como una violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana” o “la CADH”)⁴. Finalmente, en febrero del 2012, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “el Tribunal Europeo” o “el TEDH”) declaró ilegal la política italiana de interceptar a los migrantes en alta mar –en su mayoría procedentes de Eritrea y Somalia– y enviarlos de regreso a Libia, en razón de un acuerdo bilateral entre los dos Estados.⁵

Se analiza esta cuestión tanto en términos generales como a la luz del sistema europeo e interamericano de protección de

-
- 2 High Court of Australia. *Plaintiff M70/2011 v. Minister for Immigration and Citizenship & Anor*, M70/2011, Australia, 31 de Agosto de 2011, disponible en <http://eresources.hcourt.gov.au/downloadPdf/2011/HCA/32>
 - 3 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. John Doe y otros, Canadá, Informe N. 78/11, Caso 12.586, 21 de julio del 2011, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9078.pdf>
 - 4 Cfr. *Ibid.*, párr. 128. También debe mencionarse que anteriormente, en el 2008, la Corte Suprema de Canadá no otorgó licencia en un caso que impugnaba el Acuerdo de Tercer País Seguro entre Canadá y Estados Unidos confirmando así una decisión anterior de la Corte Federal de Apelaciones, que permitió al gabinete canadiense para designar su país como seguro. Véase Richard C.J., Noël and Evans J.J.A. *Her Majesty The Queen (Appellant) v. Canadian Council for Refugees, Canadian Council of Churches, Amnesty International and John Doe (Respondents)*, Toronto, 21 de mayo y Ottawa, 27 de junio, 2008, párr. 105, disponible en <https://www.amnesty.ca/sites/amnesty/files/imce/images/STCA%20FCA%20Judgment%202008%20FCA%20229.pdf>
 - 5 Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Hirsi Jamaa y otros v. Italia*, Aplicación N° 27765/09, 23 de febrero del 2012, párrs. 9, 13 y 40, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109231>

derechos humanos, dada la actual coyuntura política y social, como un caso de prueba particularmente relevante debido al aumento en el número de solicitantes de asilo provenientes desde Venezuela⁶. Además, los debates intergubernamentales parecen estar conduciendo a la creación de una barrera diplomática entre Caracas y las capitales libres de la región, acompañada de políticas restrictivas frente a los flujos migratorios provenientes del país sudamericano y han dado como resultado la implementación de políticas, que se analizan a continuación.⁷

En aras de esta discusión, el artículo se referirá principalmente a las personas que son parte de aquellos flujos migratorios como “solicitantes de asilo”, a pesar de la posibilidad de que algunos no se hubieran constituido como tal incluso si se les hubiera dado la oportunidad. Esta elección de terminología refleja la creencia de que —sin evidencia clara de lo contrario— se debe suponer que estas personas, de hecho, estaban buscando protección internacional⁸. Las mismas permanecieron en zonas de frontera y muchas se encuentran en la obligación de retornar, sin ninguna oportunidad de protestar contra su regreso. Si bien estos incidentes no son nuevos en la región, principalmente sobre el retorno de potenciales solicitantes de asilo, fue significativo debido a la gran cantidad de personas involucradas⁹.

6 Cfr. Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. *Marco de cooperación internacional para la respuesta nacional a las personas venezolanas en situación de movilidad humana en Ecuador*, Ecuador, 2018, disponible en https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/12/marco_cooperacion_internacional.pdf

7 Debido a que la barrera aún no se ha erigido completamente, el enfoque en este artículo está en la política de rechazo al migrante venezolano. Sin embargo, la mayoría de los argumentos legales y morales también se aplican a la construcción del muro diplomático.

8 La distinción entre migrantes y solicitantes de asilo se discutirá con más detalle a continuación en la Parte II de este artículo.

9 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Refugiados y*

Aunque este artículo se enfoca principalmente en la conducta actual de los Estados frente a los flujos migratorios a nivel global, que en la actualidad consiste en la aplicación de procedimientos administrativos, este examen puede ser relevante frente a los actuales y futuros problemas migratorios sudamericanos tales como la construcción de barreras físicas, el endurecimiento de las políticas internas que resulten en una mayor resistencia a la inclusión social de refugiados en los territorios de acogida y el crecimiento del riesgo de vulnerabilidad frente a la violación de sus derechos.

En el apartado I se discute si los Estados tienen el deber moral con respecto a los solicitantes de asilo que buscan ingresar a sus jurisdicciones territoriales. De esta obligación se deriva, a su vez, un deber moral de aplicar procedimientos justos en la frontera. En el apartado II se pasa a una discusión legal, explicando las normas que imponen obligaciones a los Estados de cara a los solicitantes de asilo en sus fronteras. Se explica que el principio de no rechazo en la frontera deriva de la prohibición de devolución y en algunos casos también se aplica a los traslados hacia terceros países. También se argumenta que el rechazo en la frontera es permisible solo si está respaldado por un examen sustantivo de la solicitud de asilo de una persona y si ha tenido la oportunidad de apelar.

La decisión de tomar en seria consideración el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante “el CEDH”) no se tomó porque el mismo es más relevante que otro derecho internacional, sino porque el Tribunal Europeo ha desarrollado una jurisprudencia suficientemente extensa sobre los temas en cuestión, tanto como lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte IDH”, la “Corte Interamericana” o “el Tribunal Interamericano”) mediante el

migrantes de Venezuela superan los cuatro millones: ACNUR Y OIM, 7 de junio del 2019, disponible en <https://www.acnur.org/noticias/press/2019/6/5cfa5eb64/refugiados-y-migrantes-de-venezuela-superan-los-cuatro-millones-acnur-y.html>

desempeño de sus facultades interpretativas de la Convención Americana.

I. Implicaciones del rechazo de migrantes en zonas de frontera

Es necesario partir mencionando que las políticas fronterizas deben examinarse contra dos puntos de referencia: la moral y la ley. En esta apartado se formula la pregunta más general: ¿Es justo que un Estado rechace a los solicitantes de asilo en la frontera? O, en otras palabras, ¿tiene un país el deber moral de asistir a los refugiados que desean ingresar?

Esta cuestión preliminar se puede dividir en dos preguntas. La primera: ¿Tienen los Estados un deber moral de cuidado o una responsabilidad hacia los solicitantes de asilo, antes que estas personas ingresen a su jurisdicción territorial o a la que controlan efectivamente y mientras todavía están en su frontera? Una respuesta negativa a esta pregunta significará que los Estados no están obligados a abstenerse de rechazar a los solicitantes de asilo en sus fronteras. Una respuesta positiva supone que sus obligaciones legales y morales hacia los refugiados, comienzan en o incluso antes de llegar a sus fronteras.

La segunda interrogante: ¿Incluyen estas obligaciones el deber de aplicar procedimientos justos para determinar si una persona es realmente solicitante de asilo? Esta respuesta depende de la anterior. Si creemos que los Estados tienen el deber de abstenerse de rechazar a los refugiados en la frontera, entonces también debemos creer que el ejercicio de esta obligación debe ser no discriminatorio, no arbitrario y justo¹⁰.

10 Esta conclusión no solo es moral, sino que también se deriva de los fundamentos del derecho constitucional, administrativo, el concepto de derecho natural y las obligaciones contraídas por los estados respecto de los instrumentos

En consideración de lo anterior, la discusión se centrará en la primera pregunta. Incluso si se asume que los Estados pueden rechazar a los solicitantes de asilo en la frontera, siempre argumentaríamos que deben usar procedimientos justos al decidir ejercer ese poder. Determinar si un Estado tiene una obligación hacia las personas en la frontera es particularmente difícil, si se tiene en cuenta el hecho de que no entra voluntariamente en esta relación, más bien, estas relaciones se imponen en circunstancias que no implican una aceptación explícita y voluntaria de tal deber¹¹. Por lo tanto, argumentar que no tenemos un deber especial hacia los solicitantes de asilo en las zonas de frontera nos aleja de una visión voluntaria en el cumplimiento de las obligaciones estatales respecto de los derechos humanos. Argumentar que los Estados tienen un deber general frente a las personas en su frontera, también refleja la creencia de que la territorialidad –al menos en su sentido estricto, como en el territorio dentro de las fronteras– es importante para determinar si un Estado tiene un deber hacia una persona o si una persona tiene derecho frente al mismo. Hay una serie de posibles fuentes del deber de un Estado frente a los solicitantes de asilo en sus fronteras, tres de las cuales se discutirán aquí.

A. Prohibición del rechazo en zonas de frontera como un deber derivado del derecho de asilo

Primero, se debe examinar el argumento según el cual el deber de no rechazo se deriva del derecho a solicitar asilo¹².

internacionales sobre derechos humanos.

11 Samuel Scheffler, *Relationships and Responsibilities*, Philosophy & Public Affairs/ Volume 26, Issue 3, 15 de junio de 2006.

12 En los instrumentos legales internacionales, el derecho humano relevante se

Este argumento presupone que las personas tienen un legítimo derecho a huir de la persecución y la tortura. No se busca justificar esta presunción ampliamente aquí, simplemente señalar que esta se basa en la noción moral de que las personas no deben ser sometidas a crueldad. Por lo tanto, si las personas son sometidas a formas graves de crueldad en su propio país que no pueden detener, deben tener el derecho de escapar de ella. El argumento central aquí es que si las personas tienen derecho a solicitar asilo y protección contra la tortura, también los Estados tienen el deber correlativo de abstenerse de someter a las personas a regímenes donde sus vidas y su libertad puedan estar en peligro o donde puedan estar sometidas a tortura. Este derecho y este deber no tendrían sentido si cada Estado al que estas personas puedan llegar, cierra herméticamente sus fronteras o las rechaza sistemáticamente en los centros de control fronterizos. El argumento se basa en una interpretación deliberada¹³ del derecho a solicitar asilo y protección contra la tortura. A la luz del propósito de estos derechos, este argumento considera irrelevante la distinción entre las personas que ingresan al territorio (como los posibles solicitantes de asilo sujetos a acuerdos y prácticas de retorno) y las personas que están a punto

expresó en términos de un derecho a solicitar asilo, en lugar de un derecho a obtener asilo, que es más difícil de imponer a un Estado específico. Véase por ejemplo: Louis Henkin, *Refugees and Their Human Rights*, Fordham International Law Journal, Volume 18, Issue 4 (1994), disponible en: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1430&context=ilj>

- 13 De acuerdo con el enfoque de interpretación intencional, toda interpretación legal debe comenzar estableciendo una gama de significados semánticos para el texto dado, a partir del cual el significado se dibuja entonces. El “propósito” del texto es el criterio para establecer cuál de los significados semánticos produce el significado legal. Al respecto, ver: Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr.139

de ingresar (como potenciales solicitantes de asilo cuya entrada a un país se ve impedida por una barrera física)¹⁴.

Cabe señalar, sin embargo, que si bien el derecho a solicitar asilo en ciertas condiciones impone obligaciones a los Estados para prevenir y abstenerse de devolución, este derecho no impone estas obligaciones a ninguno en específico¹⁵ fuera de los suscritos bajo el sistema interamericano de protección de los derechos humanos¹⁶. En otras palabras, aunque la realización del derecho a ser protegido contra la devolución depende de la capacidad de cada Estado y la voluntad de cumplir con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos (particularmente si se trata de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y específicamente que hayan ratificado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), no requiere la cooperación de ninguno en particular. Por lo tanto, para que este deber trascienda lo enunciado como el mero cumplimiento del principio *pacta sunt servanda* del derecho internacional, es imperativo asignar la responsabilidad de acuerdo con algunos criterios moralmente significativos¹⁷ que representen un compromiso mucho más arraigado en los principios que fundamentan la garantía de las sagradas libertades en que se cimientan las democracias occidentales.

14 Ver Christian Tomuschat. *A Right to Asylum in Europe*, Human Rights Law Journal, Volume 13 (1992)

15 Tally Kritzman-Amir, *Not in My Back Yard: On the Morality of Responsibility Sharing in International Law*, 34 Brooklyn Journal of International Law, Volume 34 (2009).

16 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, Supra nota 14, párr.152

17 Por lo tanto, una discusión completa sobre el deber moral de los estados de abstenerse del rechazo en la frontera también debe incluir una discusión sobre la moralidad de las formas en que los estados comparten sus responsabilidades con los refugiados. Tal discusión queda fuera del alcance de este artículo.

En la práctica internacional, independientemente de cualquier consideración moral, el deber de no devolución se impone típicamente a los Estados que están en condiciones de ayudar a los refugiados: aquellos que están en contacto inmediato con ellos o aquellos que están en la mejor posición para ayudarlos¹⁸. Así, parece obvio que la única responsabilidad respecto de los solicitantes de asilo recae en el Estado que en la medida de sus capacidades pudieron alcanzar, puesto que sería el único capaz de poder materializar la protección que necesitan. En la medida en que esto resulte en una carga desproporcionadamente pesada sobre un Estado en particular, dicha carga puede aliviarse posteriormente mediante la aplicación de mecanismos para compartir responsabilidades¹⁹.

El derecho a solicitar asilo requiere la cooperación de un Estado potencial de asilo y el cumplimiento de ciertas obligaciones respecto de los derechos humanos. Se puede hacer un argumento similar sobre la asignación no específica de un deber con respecto a otros derechos cuando la realización requiere la cooperación de otra parte. Por ejemplo, no se puede afirmar que un hombre no disfruta del derecho a casarse simplemente porque la persona con la que elige contraer matrimonio no desea hacerlo (o ninguna persona lo hace). Por el contrario, sostendríamos que una persona podría afirmar que sus derechos de asilo y protección contra la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes son vulnerados si todos los Estados lo rechazan en la frontera²⁰. Esa diferencia se relaciona con la

18 Tally Kritzman-Amir & Yonatan Berman, *Responsibility Sharing and the Rights of Refugees: The Case of Israel*, *George Washington International Law Review*. Volume 41 (2011).

19 Astri Suhrke, *Burden-Sharing During Refugee Emergencies: The Logic of Collective Versus National Action*, *Journal of Refugee Studies* Volume 11, N°4. (1998);

20 Ver por ejemplo: Seyla Benhabib, *The Rights of Others: Aliens, Residents, and*

naturaleza diferente de los derechos. El derecho a poder contraer matrimonio es relativo y está sujeto a la libertad de los demás a negarse a hacerlo, mientras que el derecho a solicitar asilo no está limitado de la misma manera y no está sujeto a una facultad de los Estados a negarse arbitrariamente de permitir la posibilidad de solicitar asilo. Esto se debe a que, como señala Veit Bader:

The recognition of the right to refuge and asylum presupposes that state sovereignty and self-determination have to yield in cases of “well-founded fear of being persecuted” or, in another language, that the basic right or need to security is strong enough to outweigh other rights and competing ethicopolitical, prudential, and realist arguments²¹.

El reconocimiento del derecho de refugio y asilo presupone que la soberanía y la autodeterminación del estado deben ceder en casos de “temor fundado a ser perseguido” o, en otras palabras, que este derecho básico o la necesidad de seguridad es lo suficientemente fuerte como para superar otros derechos y argumentos éticos, políticos, prudenciales y realistas en competencia (Traducción hecha por el autor).

El derecho de toda persona a ser protegida prevalece sobre los derechos facultades e intereses en conflicto, incluida la soberanía estatal, de una manera que otros derechos no lo hacen. Por lo tanto, según este argumento, el deber de no rechazo en la frontera se correlaciona con el derecho a solicitar asilo y se deriva de él.

Citizens (2004) (analizando los argumentos esgrimidos por la autora).

21 Veit Bader, *The Ethics of Immigration*, Constellations Volume 12, Issue 3: 331-340 (2005).

B. Prohibición de rechazo en zonas de frontera en relación con la aplicación de la coerción estatal

En segundo lugar, el deber de abstenerse del rechazo en la frontera está estrechamente relacionado con el hecho de que los Estados aplican su poder coercitivo en la frontera. Michael Walzer, aborda el tema de manera particularmente interesante puesto que su pensamiento proviene de una presunción comunitaria²². Walzer hace referencia implícita al deber de no rechazo en la frontera en su breve discusión sobre los refugiados, destacando el dilema de limitar el alcance de la protección de los refugiados a quienes están físicamente presentes, en lugar de ofrecerlo a las personas en sus países de origen o en otro lugar que también podría necesitar dicha protección (“¿Por qué marcar a los afortunados, que de alguna manera han logrado cruzar nuestras fronteras, de todos los demás?”²³). Si bien admite no tener una justificación moralmente convincente para abstenerse de ofrecer protección a las personas que aún se encuentran en sus países de origen, da dos explicaciones relevantes sobre el deber de otorgar protección a las personas que están físicamente presentes: “porque su negación requeriría que usemos la fuerza contra personas indefensas y desesperadas, y porque los números que probablemente estén involucrados, excepto en casos inusuales, son pequeños y las personas se absorben fácilmente”²⁴. Estas dos consideraciones son también, normalmente (aunque no siempre), ciertas en situaciones que implican el no rechazo en la frontera. El rechazo de los refugiados en la frontera requiere que el poder coercitivo del Estado se use contra personas indefensas y desesperadas, especialmente en contextos inusuales como

22 Michael Walzer, *Spheres of Justice: A Defence of Pluralism and Equality*. Journal of Philosophy Volume 83, Issue N° 8. 457-468 (1983).

23 *Ibidem* en 51.

24 *Ibidem*.

el caso exclusivamente del Ecuador y los flujos de migración venezolana²⁵.

El argumento de Walzer, por lo tanto, no se basa en la territorialidad como fuente del deber hacia los refugiados, sino más bien en el hecho de que la autoridad del Estado debe ejercerse incluso fuera del territorio²⁶ y por lo tanto de conformidad con normas morales. Benhabib comparte esta conclusión hasta cierto punto, señalando que el hecho de que los inmigrantes tienen algunos derechos independientemente de su Estado y de mayor relevancia para el contexto actual, independientemente de su ubicación²⁷. Estos derechos se derivan del contacto que tienen con el Estado y su gente (es decir, aquellos que actúan en nombre del Estado, activistas de derechos humanos y otras personas)²⁸. Estos derechos incluyen el derecho a impugnar la decisión sobre su solicitud de asilo o su eventual deportación²⁹.

Tanto Walzer como Benhabib no elaboran con gran detalle el contenido sustantivo de estos derechos, no obstante, desarrollan las consecuencias jurídicas sobre las acciones estatales y las circunstancias particulares en que el rechazo en la frontera constituirían una violación de los derechos de un migrante³⁰.

25 Diario “El Universo”, “*Ecuador es un país de paso para mayoría de venezolanos*”, 19 de febrero de 2019, disponible en: <https://www.eluniverso.com/noticias/2018/02/19/nota/6630208/ecuador-es-pais-paso-mayoria-venezolanos>

26 Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la base de este deber es el poder o la autoridad del Estado, en lugar de la mera interacción con los solicitantes de asilo. Ver Scheffler, *supra* nota 12, en 189.

27 Benhabib, *supra* nota 21, en 125-126.

28 *Ibidem*.

29 *Ibidem*.

30 Benhabib, *supra* nota 21, en 138. Aquí Benhabib sugiere un modelo para determinar si los migrantes pueden convertirse en miembros de un Estado, o que podría aplicarse, *mutatis mutandis*, a su no rechazo en la frontera: *If you and I enter into a moral dialogue with one another, and I am a member*

C. Prohibición de rechazo en zonas de frontera como derivado de la falta de justificación moral de las fronteras

Por último, otra explicación del deber de no rechazo en la frontera podría ser el rechazo de la moralidad de las fronteras desde una perspectiva cosmopolita.

Las raíces del igualitarismo cosmopolita se remontan a los escritos de John Rawls, quien argumenta que solo las instituciones sociales se forman en una “posición original” caracterizada por el hecho que sus decisiones se toman mediante “un procedimiento justo dispuesto de manera que asegure un resultado justo”³¹. Según Rawls, las partes deberían situarse detrás del “velo de la ignorancia”, al no considerar rasgos particulares, pero conscientes de las características básicas de la sociedad y la cultura, por lo que serían lo suficientemente informados, pero no sesgados por el interés propio al decidir sobre la opción más justa³². Rawls

of a state of which you are seeking membership and you are not, then I must be able to show you with good grounds, with grounds that would be acceptable to each of us equally, why you can ever join our association and become one of us. These must be grounds that you would accept if you were in my situation and I were in yours. Our reasons must be reciprocally acceptable; they must apply to each of us equally.

Si usted y yo entramos en un diálogo moral el uno con el otro, y yo soy parte de un Estado al que usted busca pertenecer y no lo es, entonces debo poder mostrar buenos motivos, igualmente aceptables para cada uno de nosotros, por qué usted no puede unirse a nuestra sociedad y convertirse en uno de nosotros. Estos deben ser motivos que aceptaría si estuviera en mi situación y yo en la suya. Nuestras razones deben ser recíprocamente aceptables; deben aplicarse a cada uno de nosotros por igual. (traducción hecha por el autor)

31 John Rawls, *Teoría de la justicia*, Traducción de María Dolores González, Sexta reimpresión, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, en 189.

32 *Ibidem*.

afirma que estas condiciones garantizarán resoluciones justas ya que eliminan todos los elementos moralmente arbitrarios del proceso de toma de decisiones y explica los principios de justicia que prevalecerán³³.

Esta noción de justicia, si se aplica internacionalmente³⁴, puede servir como base para afirmar que debido a que la nacionalidad es un rasgo moralmente arbitrario, los Estados tienen el mismo deber imperioso hacia los no ciudadanos que tienen hacia sus propios ciudadanos. Este paradigma teórico también puede servir como base para reclamar fronteras abiertas y el igualitarismo cosmopolita. Según algunos estudiosos cosmopolitas, la percepción de Rawls sobre los Estados como “autónomos” es incorrecta³⁵. Los Estados interactúan de muchas maneras significativas, especialmente a través de la economía y el comercio. Si los estados no son percibidos como “autónomos”, hay alguna justificación para creer en una organización internacional, rawlsiana y original. De esto se deriva la afirmación de que las fronteras nacionales no tienen importancia moral, que todos deberían ser incluidos en una **posición original** hipotética, detrás del “**velo de la ignorancia**” y su nacionalidad debería ser ignorada.

33 Al elegir entre alternativas en la posición original, se espera que las partes que están detrás del velo de la ignorancia apliquen la “regla máxima para elegir bajo incertidumbre”. En otras palabras, las partes adoptarían la alternativa cuyo peor resultado sea superior al peor de los resultados de las otras alternativas” *Ibidem*, en 150. En esta “**posición original**” presentada por Rawls, dos principios de justicia están obligados a constituirse. La primera posición es que cada persona debe “tener la mayor libertad igual concorde con una libertad similar para los demás” *Ibidem*, en 301-302. La segunda posición es que “las desigualdades sociales y económicas habrán de disponerse de tal modo que sean tanto a) para el mayor beneficio de los menos aventajados, como b) ligadas con cargos y posiciones asequibles a todos en condiciones de justa igualdad de oportunidades”. *Ibidem* en 88.

34 *Ibidem* en 464.

35 Ver por ejemplo: Thomas W. Pogge, *The Law of People: The Incoherence Between Rawl's Theories of Justice*, Fordham Law Review (2004).

Si aceptamos la presunción cosmopolita de que las fronteras no tienen importancia moral, no podemos atribuir ninguna importancia a la cuestión de dónde tiene lugar el rechazo y deberíamos creer que los refugiados deben ser protegidos independientemente de si han cruzado físicamente la frontera. Esta conclusión se apoya en la noción de que los derechos humanos son universales y que toda persona tiene derecho a su disfrute³⁶. También se afirma por la tradición del derecho natural según la cual los derechos surgen a través del reconocimiento de la dignidad inherente de una persona³⁷.

II. Legalidad de la prohibición de rechazo en zonas de frontera

Habiendo presentado los argumentos que apoyan la prohibición de rechazo en las fronteras, hay que examinar ahora cómo se corresponden estos argumentos con los deberes del derecho internacional.

A. Prohibición de rechazo y solicitantes de asilo

Se mencionó anteriormente que una justificación moral de un deber de no rechazo en la frontera es la creencia de que este deber deriva del derecho a solicitar asilo. ¿Cómo se traduce esto en un deber legal? El deber legal más importante impuesto a los

36 Bente Puntervold Bo, *Control de Inmigración, Ley y Moralidad: Políticas de visas para visitantes y solicitantes de asilo: una evaluación de las políticas de visas noruegas dentro de un marco legal y moral de referencia*, 404–405 (tesis no publicada, Oslo Univ. Coll.).

37 Ann Dummet, *Derecho natural y migración transnacional*, en *Movimiento Libre: Cuestiones Éticas en la Migración Transnacional de las Personas y del Dinero* 169, 172, 177 (Brian Barry y Robert E. Goodin eds.) (1992).

estados en relación con el derecho a solicitar asilo es el deber de no devolución³⁸. Por lo tanto, la primera cuestión que debe abordarse es cuando se aplica la prohibición de devolución es: ¿Se aplica solo a aquellos a quienes las autoridades han reconocido como refugiados? Esta posición inicialmente parece plausible, ya que el Artículo 33 de la Convención sobre los Refugiados prohíbe el regreso de personas a un país donde tienen un temor fundado de ser perseguidos por razones de raza, religión, nacionalidad, opinión política, identificación o grupo social en particular; en otras palabras, prohíbe el retorno de los refugiados³⁹.

No obstante, afirmar que la prohibición de devolución se aplica solo a refugiados reconocidos haría que esa prohibición sea ineficaz. Facultaría a deportar a una persona que hubiera sido reconocida como refugiada si su solicitud de asilo hubiera sido revisada. Tal acción sería un mal uso del poder coercitivo del Estado. Por esta razón existe consenso, tanto en la doctrina como en la práctica internacional. La prohibición de devolución se aplica independientemente de si las personas han sido formalmente reconocidas como refugiados⁴⁰, considerando que este reconocimiento no convierte a una persona en refugiada, sino que la declara como una⁴¹.

38 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, supra nota 2, art. 33.

39 *Ibidem*.

40 Cornelis Wolfram Wouters, *Normas Legales Internacionales para la Protección Contra la Reforma* 47–48 (Kate Elliott ed., 2009); Guy Goodwin-Gill y Jane Mcadam, *El Refugiado en el Derecho Internacional* 51, 244 (2007); James C. Hathaway, *Los Derechos de los Refugiados Bajo el Derecho Internacional* 278 (2005); Elihu Lauterpacht y David Bethlehem, *El alcance y el contenido del principio de no devolución: Opinión*, en *Protección De Refugiados En Derecho Internacional: Consultas Globales del ACNUR sobre protección internacional* 87, 116-18 (2003); Atle Grahl-Madsen, *El Estado de los Refugiados en el Derecho Internacional* 340 (Vol. I 1966).

41 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar el estatuto de refugiado en virtud de*

Sin embargo, parte del problema en la práctica actual del asilo es que los Estados devuelven a las personas que habrían solicitado asilo si se les hubiera dado la oportunidad de hacerlo. El grupo de personas devueltas de esta manera es mixto, aunque no todos los migrantes que regresaron habrían solicitado asilo, algunos ciertamente lo habrían hecho. ¿Están estas personas, o algunas de ellas, protegidas por la prohibición de devolución? Una de las ideas detrás del rechazo en la frontera es evitar que los migrantes accedan al sistema de asilo, por ejemplo, sobre la base de la experiencia con los migrantes que ingresaron a Australia y su reubicación en Malasia provenientes de algunos países, entre ellos Afganistán⁴². Esto también fue cierto para aquellos que fueron regresados de Italia a Libia después de su interceptación en alta mar, siendo -la mayoría de ellos- de Somalia y Eritrea⁴³. Por lo tanto, una pregunta crucial es si un Estado es libre de rechazar a un migrante indocumentado sin que pueda invocar la prohibición de devolución, o si en cambio, tal rechazo dejaría sin sentido el derecho de asilo y la prohibición de devolución⁴⁴; formulado de otra manera, ¿Cuándo deberían interpretarse ciertos comportamientos o declaraciones de migrantes como posibles apelaciones para la no devolución?

Este problema llega a la esencia de la prohibición de devolución. La aplicación de requisitos muy estrictos para decidir si un migrante solicita la no devolución puede hacer que el

la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados, Párr. 28, UN Doc. HCR/IP/4/Eng/REV.1 (enero de 1992) [en adelante Manual del ACNUR].

42 Demandante M70/2011 v. Ministro de Inmigración y Ciudadanía [2011] HCA 32 (Australia).

43 Hirsi Jamaa y otros v. Italia, App. 27765/09, Supra nota 6, Párr. 9, 13, 40.

44 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, abierto a la firma el 16 de diciembre de 1966, UST 521, 999 UNTS 171 (entró en vigor el 23 de marzo de 1976).

principio carezca de efecto. No se puede exigir razonablemente a un migrante, por ejemplo, que se refiera a los argumentos jurídicos que lo respaldan e incluso una argumentación legal en legítima defensa de sus intereses basados en algún instrumento jurídico internacional en particular, como la Convención sobre los Refugiados o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Debería ser suficiente que un migrante se refiera a los riesgos relacionados con problemas de asilo, como riesgos para su vida, libertad, seguridad y similares. Además, si el migrante es de un país conocido por ser el origen de refugiados (que, en el contexto ecuatoriano, puede incluir particularmente Venezuela, Colombia, Haití o Cuba), el estado a menudo asume (o debería asumir) que la persona quiere invocar el principio de no devolución.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado esta cuestión en su sentencia *Hirsi Jamaa*, que se refiere a la interceptación de migrantes eritreos y somalíes en alta mar y su posterior regreso a Libia⁴⁵. El gobierno italiano argumentó que los migrantes no habían descrito los riesgos que enfrentaban en Libia y no habían solicitado asilo⁴⁶. En respuesta, el Tribunal señaló que los solicitantes, cuya versión de los hechos fue corroborada por declaraciones de testigos, contradijeron esta cuenta. Pero luego, significativamente, continuó:

En cualquier caso, el Tribunal considera que correspondía a las autoridades nacionales, al constatar una situación de violación sistemática de derechos humanos como la descrita *supra*, el deber de investigar sobre los tratos a los que los demandantes estarían expuestos tras su regreso. A la vista de las circunstancias del caso, el hecho de que las partes en

45 *Hirsi Jamaa y otros v. Italia*, App. 27765/09, *Supra* nota 6, Párr. 9-14.

46 *Ibidem*. Párr. 132.

cuestión no solicitaran asilo formalmente no eximía a Italia de cumplir con sus obligaciones en virtud del artículo 3⁴⁷.

De la misma manera, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció al respecto en el caso Interdicción de Haitianos vs. Estados Unidos, también mencionando que en cuanto a la interceptación de solicitantes de asilo en aguas internacionales para no permitir que sus peticiones sean evaluadas en potenciales Estados de acogida, la Corte entiende que esta práctica resulta contraria al principio de no devolución, pues no permite evaluar los factores de riesgo concretos de cada persona⁴⁸.

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto, en el Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia mencionó que bajo la protección de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, cuyo artículo 33.1 establece que ningún Estado parte puede expulsar o devolver a ningún refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por cualquier causa⁴⁹, continuando: “Esto necesariamente implica que esas personas **no pueden ser rechazadas en la frontera** o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones”⁵⁰.

47 *Ibidem*. Párr. 133.

48 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe de fondo No. 51/96, Caso 10.675, Interdicción de Haitianos vs. Estados Unidos, 13 de marzo de 1997, Párr. 156, 157 y 163

49 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, Supra nota 14, párr.153.

50 CIDH. Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado. OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 40. Rev. 1. 28 de febrero de 2000. Párr. 111.

Por lo tanto, si un Estado va a rechazar a un migrante en la frontera (y se puede presumir que la persona no está de acuerdo con su regreso), una interpretación efectiva de la prohibición de devolución requiere que ese Estado investigue sobre las razones por las que la persona no puede ser devuelta. Por muchas razones, desde su trauma pasado hasta dificultades de comunicación o incapacidad para presentar evidencia de apoyo, no se debe esperar que el solicitante de asilo inicie una declaración sobre este asunto; por lo tanto, un Estado no puede cumplir satisfactoriamente los requisitos de no devolución sin realizar tal consulta. Las respuestas del migrante deben evaluarse cuidadosamente para determinar si se puede considerar que está apelando por la no devolución. Es difícil establecer reglas generales para esa evaluación, ya que dichas reglas serán inherentemente contextuales, pero para que el principio de no devolución sea efectivo, la evaluación debe ser liberal, pues debe tenerse en cuenta que esta evaluación no se refiere a la sustancia de la solicitud en ningún sentido, sino a si el migrante desea presentar una solicitud. Una persona a la que se le va a rechazar la entrada a un Estado debe tener la oportunidad de solicitar asilo.

¿Qué sucede si un Estado se abstiene de establecer un sistema para evaluar cuidadosamente si los candidatos para el rechazo quieren solicitar asilo? Un Estado puede afirmar, por ejemplo, que es seguro que las personas que serán devueltas no desean solicitar asilo, pero que pueden hacerlo si la idea se les sugiere mediante el cuestionamiento explícito de los guardias fronterizos. Permitir que los Estados ignoren las posibles solicitudes de asilo socava la esencia de la prohibición de devolución. Por esta razón, tanto

el TEDH⁵¹ como la Corte IDH⁵² han sostenido sistemáticamente que devolver a una persona sin una evaluación adecuada de una posible solicitud de asilo es en sí misma diferente de la prohibición de devolución.

B. Traslado de refugiados hacia terceros países

Una segunda cuestión es si el retorno de migrantes a un país vecino que no es su país de origen puede ser contrario a la prohibición de devolución. Tales devoluciones pueden ser problemáticas por dos razones. En primer lugar, el posible solicitante de asilo puede correr el riesgo de ser perseguido o torturado en el propio tercer país. En otras palabras, puede ser que el regreso al tercer país constituya una devolución directa⁵³. Sin embargo, los posibles solicitantes de asilo también pueden ser tratados adecuadamente en el tercer país, pero afirman que el tercer país puede devolverlos a su país de origen, donde enfrenta

51 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. ZNS v. Turquía, App. No. 21896/08, Enero 19 de 2010. Párr. 47, *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-96773>; Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jabari v. Turquía, App. No. 40035/ 98, Julio 11, 2000. Párr. 40 *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58900>; *Ver también*: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. KRS v. Reino Unido, App. No. 32733/08, Diciembre 2, 2008. Párr. 16, *disponible en*: <http://echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-90500>.

52 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo v. Bolivia, *supra* nota 14, párr. 151, citando Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, Conclusiones Generales sobre la protección internacional de los refugiados, UN Doc. 65 (XLII)-1991, publicadas el 11 de octubre de 1991, párr. c; *Ver también*: Corte IDH. Caso Ximenes Lopes v. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, Párr. 138.

53 CIDH, Informe de fondo No. 51/96, Caso 10.675, Interdicción de Haitianos vs. Estados Unidos, *Supra* nota 48

persecución o tortura. En ese caso, el regreso al tercer país puede constituir una devolución indirecta⁵⁴.

1. Devolución directa

Si un individuo es devuelto a un tercer país donde enfrenta persecución, tortura o trato inhumano, su regreso a ese tercer país constituye una violación de las mismas disposiciones del derecho internacional en las que se basa el derecho de asilo en general: Convención de Refugiados, Artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta noción fue aplicada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia del caso *MSS v. Bélgica y Grecia*⁵⁵. El Tribunal había encontrado previamente en dos casos individuales que Grecia sometió a los solicitantes de asilo a un trato inhumano durante la detención⁵⁶. En la sentencia del caso *MSS v. Bélgica y Grecia*, el Tribunal dictaminó que Bélgica había violado la prohibición de devolución directa al exponer a sabiendas al demandante MSS a condiciones de detención contrarias al Artículo 3 del CEDH, cuyo contenido es muy similar al del Artículo 7 del PIDCP⁵⁷.

54 *Ibidem*.

55 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Mss v. Bélgica y Grecia*, App. No. 30696/09. Enero 21 de 2011, *disponible en*: <http://echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-100015>

56 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *SD v. Grecia*, App. No. 53541/07. Junio 11 de 2009, *disponible en* <http://echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-93036>; Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *AA v. Grecia*, App. No. 12186/08. Julio 22 de 2010, *disponible en* <http://echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-100015>.

57 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Mss v. Bélgica y Grecia*, App. No. 30696/09, *Supra* nota 56, Párr. 367. El Tribunal también consideró que las condiciones de vida en Grecia eran contrarias al Artículo 3. Sin embargo, al llegar a esta conclusión, se basó ampliamente en las obligaciones de Grecia en virtud de la legislación de la Unión Europea. Por lo tanto, no se puede confiar en

De la misma manera, en la sentencia Hirsi Jamaa discutida anteriormente, el Tribunal observó que:

...la existencia de normas internas y la ratificación de tratados internacionales que garanticen el respeto de los derechos fundamentales no son suficientes, *per se*, para proporcionar una protección adecuada contra el riesgo de malos tratos en casos como el presente en el que fuentes fiables han informado de que las autoridades hacen uso de o toleran prácticas contrarias a los principios establecidos por el Convenio⁵⁸.

...el Tribunal observa que Italia no puede eludir sus propias responsabilidades invocando sus obligaciones derivadas de sus acuerdos bilaterales con Libia. Incluso suponiendo que estos acuerdos dispusieran expresamente que los migrantes interceptados en alta mar debían ser devueltos a Libia, la responsabilidad de las Altas Partes Contratantes continúa existiendo aunque se hayan comprometido a cumplir con acuerdos firmados⁵⁹

El Tribunal describió la situación de los migrantes irregulares, señalando que corrían el riesgo de ser devueltos a sus países de origen en cualquier momento y cuando permanecieron en Libia, el riesgo de condiciones de vida precarias, marginación social, aislamiento y vulnerabilidad a la xenofobia y actos racistas⁶⁰. Por lo tanto, concluyó que en el momento de la expulsión, las autoridades italianas sabían o deberían haber sabido que los migrantes retirados no estarían protegidos en Libia⁶¹.

el razonamiento del Tribunal para los países a los que no se aplica la legislación de la UE.

58 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Hirsi Jamaa y otros v. Italia, App. 27765/09, *Supra* nota 6, Párr. 128.

59 *Ibidem*, Párr. 129.

60 *Ibidem*, Párr. 125.

61 *Ibidem*, Párr. 131.

De la jurisprudencia del Tribunal, podemos concluir que las cuestiones doctrinales planteadas por la devolución directa a terceros países no son diferentes de las relacionadas con la devolución directa a los países de origen.

2. Devolución indirecta

La cuestión de la devolución indirecta también está estrechamente relacionada con las dos consideraciones morales discutidas en la sección anterior. El punto de partida es que el país en el que se presentan los solicitantes de asilo fronterizos suele estar en la mejor posición para ayudarlos. Por lo tanto, la capacidad de este país para devolver a los solicitantes de asilo a terceros países está sujeta a limitaciones en la forma del principio de no devolución. En otras palabras, el Estado puede devolver a los solicitantes de asilo a terceros países siempre que aplique su poder coercitivo moralmente. En términos generales, el traslado forzoso de los solicitantes de asilo a un tercer país puede estar de conformidad con la prohibición de devolución, incluso si no se ha determinado el estado del solicitante de asilo, siempre que se haya establecido que el tercer país proporcionará protección si es necesario. Por lo tanto, mientras que los solicitantes de asilo que son trasladados a un tercer país no está necesariamente prohibido, incluso si su *status* no ha sido determinado; no obstante, la prohibición de devolver a los refugiados a su país de origen “de cualquier manera” implica la prohibición de devolverlos a un tercer país donde no estarán protegidos contra la devolución⁶².

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos abordó la cuestión en dos decisiones de admisibilidad, así como en una sentencia reciente, sobre situaciones en las que tanto los países emisores

62 Wouters, *Supra* nota 41, en 140-147, 320-323, 407.

como los receptores eran miembros del Consejo de Europa (por lo tanto, partes en el CEDH) como también de la Unión Europea. En una decisión de admisibilidad de 2000, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ocupó de la expulsión de un solicitante de asilo de Sri Lanka del Reino Unido a Alemania. Habiendo concluido que la expulsión del solicitante a Alemania fue “un eslabón en una posible cadena de eventos que podría resultar en su regreso a Sri Lanka, donde se alega que correría el riesgo real”⁶³ de un tratamiento contrario al artículo 3 del CEDH, el Tribunal proporcionó normas generales sobre la responsabilidad en virtud del artículo 3 de los estados que trasladan personas a terceros países⁶⁴. Según el Tribunal, el traslado indirecto a un país intermediario, que en este caso también era parte en el CEDH, no afecta la responsabilidad del Estado que lo retira para garantizar que el solicitante no esté expuesto a un tratamiento contrario al Artículo 3 como resultado de su expulsión⁶⁵. El país que lo retira no puede confiar automáticamente en los acuerdos de la legislación europea⁶⁶.

Where [s]tates establish international organisations, or mutatis mutandis international agreements, to pursue co-operation in certain fields of activities, there may be implications for the protection of fundamental rights. It would be incompatible with the purpose and object of the Convention if [c]ontracting [s]tates were thereby absolved from their responsibility under the Convention in relation to the field of activity covered by such attribution⁶⁷.

63 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *TI v. Reino Unido*, App. No. 43844/98. Marzo 7 de 2000. Párr. 2, disponible en: <http://echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-5105>.

64 *Ibidem*. En 15.

65 *Ibidem*.

66 *Ibidem*.

67 *Ibidem*.

Cuando los estados establecen organizaciones internacionales, o acuerdos internacionales *mutatis mutandis*, para buscar la cooperación en ciertos campos de actividades, puede haber implicaciones para la protección de los derechos fundamentales. Sería incompatible con el propósito y el objeto de la Convención si los estados contratantes fueran de ese modo absueltos de su responsabilidad bajo la Convención en relación con el campo de actividad cubierto por dicha atribución. (Traducción hecha por el autor)

Al aplicar esta norma al caso en cuestión, el Tribunal declaró que su “principal preocupación (era) si existen garantías procesales efectivas de cualquier tipo que protejan al solicitante de ser expulsado de Alemania a Sri Lanka”⁶⁸. Después de una evaluación detallada del efecto de la ley de asilo alemana para este caso en particular, el Tribunal concluyó que no se había establecido que existiera un riesgo real de que Alemania expulsara al solicitante a Sri Lanka en violación del artículo 3 del CEDH⁶⁹. Por lo tanto, al Reino Unido se le permitió trasladar al solicitante a Alemania⁷⁰.

En una decisión sobre admisibilidad de 2008, el Tribunal consideró que la solicitud era inadmisibile (y por lo tanto permitió el regreso de un solicitante de asilo por parte del Reino Unido a Grecia sin una determinación de estatus) por dos razones⁷¹. En primer lugar, señaló que el tercer país, Grecia, en el momento relevante no estaba trasladando personas al país de origen en cuestión (Irán), mientras que la armonización de las regulaciones

68 *Ibidem*. En 16

69 *Ibidem*. En 16-18

70 *Ibidem*.

71 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *KRS v. Reino Unido*, App. No. 32733/08. Diciembre 2 de 2008. Párr. 18, *disponible en*: <http://echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-90500>.

sobre el asilo en Europa dio lugar a la presunción de que Grecia podría volver a hacerlo solo si esa acción estaría en conformidad con sus obligaciones bajo las leyes europeas⁷². En segundo lugar, el Tribunal señaló que el solicitante de asilo, que confiaba en el procedimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con respecto al Reino Unido, aún podría presentar una queja contra Grecia desde su territorio si Grecia decidía más tarde deportarlo a Irán en violación del artículo 3 de la CEDH⁷³. Solicitar medidas provisionales de conformidad con la Regla 39 (es decir, una solicitud del Tribunal de no trasladar al solicitante a Irán hasta que haya tramitado la solicitud) proporcionaría protección efectiva⁷⁴. Por lo tanto, el traslado de la persona por parte del Reino Unido no privaría definitivamente al solicitante de la oportunidad de dirigirse a la corte:

*On that account, the applicant's complaints under Articles 3 and 13 of the [European] Convention [on Human Rights] arising out of his possible expulsion to Iran should be the subject of a Rule 39 application lodged with the [c]ourt against Greece following his return there, and not against the United Kingdom.*⁷⁵

Por ese motivo, las quejas del solicitante en virtud de los artículos 3 y 13 del Convenio [Europeo] [de Derechos Humanos] derivadas de su posible expulsión a Irán deberían ser objeto de una solicitud de la Regla 39 presentada ante el Tribunal contra Grecia después de su regreso allí, y no contra el Reino Unido. (Traducción hecha por el autor)

72 *Ibidem*. En 17

73 *Ibidem*. En 17-18

74 *Ibidem*. En 18

75 *Ibidem*.

El 21 de enero de 2011, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó su sentencia en el caso de *MSS v. Bélgica y Grecia*, mencionado lo anterior⁷⁶. *MSS*, un solicitante de asilo afgano, había sido devuelto por Bélgica a Grecia porque Grecia fue el Estado responsable de manejar su solicitud de asilo de acuerdo con las normas de la UE⁷⁷. El Tribunal sostuvo que Grecia había sometido a *MSS* a un trato degradante respecto a sus condiciones de detención y a condiciones de vida inaceptables al momento de su liberación⁷⁸. También sostuvo que Grecia había violado el derecho de *MSS* a un recurso efectivo porque el deficiente procedimiento de asilo griego conllevaba el riesgo de que fuera devuelto a Afganistán sin un examen serio de los méritos de su solicitud de asilo y sin acceso a un recurso efectivo⁷⁹. Además, el Tribunal sostuvo que al ser trasladado a Grecia, Bélgica había violado la prohibición de devolución al exponer a *MSS* a los riesgos derivados del inadecuado sistema de asilo griego y a tratamientos degradantes (en violación del artículo 3) debido a la inaceptable detención y condiciones de vida. El Tribunal también sostuvo que Bélgica violó su derecho a un recurso efectivo porque el procedimiento contra su expulsión a Grecia no contenía suficientes garantías⁸⁰.

Con esta tenencia, el Tribunal confirmó sus decisiones en los casos de *TI v. Reino Unido* y *KRS v. Reino Unido* discutidos anteriormente⁸¹ y reformuló su posición de tal manera que surgen dos principios:

76 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Mss v. Bélgica y Grecia*, App. No. 30696/09, *Supra* nota 56.

77 *Ibidem*. Párr. 9-17

78 *Ibidem*. Párr. 220-264

79 *Ibidem*. Párr. 265-332

80 *Ibidem*. Párr. 333-361

81 *Ibidem*. Párr. 342-343

- Cuando un estado retira a un solicitante de asilo a un tercer Estado, el Estado que lo retira debe asegurarse de que el procedimiento de asilo del tercer país ofrezca garantías suficientes para evitar que un solicitante de asilo sea trasladado, directa o indirectamente, a su país de origen sin una evaluación de los riesgos que enfrenta desde el punto de vista del artículo 3 del CEDH (es decir, el derecho a no ser sometido a un trato inhumano, que incluye la no devolución)⁸²;
- En ausencia de evidencia en contrario, se debe suponer que el tercer Estado cumple con sus obligaciones en virtud del derecho internacional⁸³.

Luego, el Tribunal abordó la cuestión de si Bélgica debería haber considerado como refutada la presunción de que las autoridades griegas respetarían sus obligaciones de derecho internacional en materia de asilo⁸⁴. Bélgica argumentó que MSS no había especificado sus objeciones a ser expulsado a Grecia en su procedimiento en Bélgica⁸⁵. Sin embargo, el Tribunal dictaminó que había numerosos informes sobre las deficiencias del procedimiento de asilo griego y la práctica de devolución directa o indirecta en forma individual o colectiva⁸⁶. Con base en esta información, concluyó que las autoridades belgas conocían la situación general en Grecia y no se debe esperar que el solicitante cargue con toda la carga de la prueba⁸⁷. Las garantías de Grecia frente al cumplimiento de sus obligaciones en el derecho internacional se consideraron insuficientes ya que éstas simplemente se refirieron, en términos generales, a la

82 *Ibidem*. Párr. 342

83 *Ibidem*. Párr. 343

84 *Ibidem*. Párr. 345

85 *Ibidem*. Párr. 346

86 *Ibidem*. Párr. 347

87 *Ibidem*. Párr. 352

legislación pertinente que Grecia claramente no estaba aplicando correctamente⁸⁸.

El Tribunal rechazó la posibilidad de presentar una nueva queja ante su jurisdicción contra Grecia porque los obstáculos que enfrentan los solicitantes de asilo eran tales que las solicitudes ante la magistratura eran ilusorias⁸⁹. El Tribunal concluyó que las autoridades belgas sabían o debían haber sabido que no había garantías suficientes para que las autoridades griegas examinarían seriamente la solicitud de asilo de MSS⁹⁰. El Tribunal rechazó el argumento de las autoridades belgas de que MSS no había establecido que los problemas generales en el sistema de asilo griego se materializarían en su situación individual⁹¹. Dada la información disponible sobre el sistema de asilo griego, era responsabilidad de las autoridades belgas:

...no sólo asumir que el demandante recibiría un trato conforme a las exigencias del Convenio, sino por el contrario investigar previamente la manera en que las autoridades griegas aplican la legislación en materia de asilo en la práctica. Al hacerlo, podrían haber constatado que el riesgo invocado por el demandante era suficientemente real e individualizado para depender del artículo 3⁹².

Podemos ver que, en el contexto europeo, el Tribunal trabaja con una presunción refutable de que los Estados cumplirán con las obligaciones que tienen en virtud del derecho internacional y europeo. Sin embargo, si hay indicios de que los estados han violado las normas de derechos humanos, la presunción ya no

88 *Ibidem*. Párr. 353-354

89 *Ibidem*. Párr. 357

90 *Ibidem*. Párr. 358

91 *Ibidem*. Párr. 359

92 *Ibidem*.

se aplica. En tales casos, los Estados han argumentado que las garantías diplomáticas del país al que se va a expulsar al individuo pueden servir para justificar la expulsión⁹³. Pero las sentencias relativas a la expulsión a los países de origen muestran que las simples garantías diplomáticas pueden no ser suficientes para absolver a un Estado respecto de sus responsabilidades legales frente a un solicitante de asilo⁹⁴.

En otro caso, el Tribunal sostuvo que la existencia de leyes nacionales y la adhesión a tratados internacionales que garanticen el respeto de los derechos fundamentales en principio no son suficientes en sí mismos para garantizar una protección adecuada contra el riesgo de malos tratos donde, fuentes confiables han recurrido a prácticas informadas o tolerado por las autoridades que son manifiestamente contrarias a los principios de la Convención⁹⁵. Además, sostuvo que las garantías diplomáticas siempre deben evaluarse para determinar si proporcionan “en su aplicación práctica, una garantía suficiente de que el solicitante

93 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Mss v. Bélgica y Grecia*, App. No. 30696/09, Supra nota 56. Párr. 354.

94 *Ibidem*.

95 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Saadi v. Italia*, App. No. 37201/06, Febrero 28 de 2008. Párr. 147, *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-85276>; Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Ismoilov v. Rusia*, App. 2947/06, Abril 24 de 2008, Párr. 127, *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?I=001-86086>; Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Ryabikin v. Rusia*, App. No. 8320/04, Junio 19 de 2008, Párr. 119, *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-87132>; Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Muminov v. Rusia*, App. 42502/06, Diciembre 11 de 2008, Párr. 97, *disponible en* <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-101558>; Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Kaboulov v. Ucrania*, App. 41015/04, Noviembre 19 de 2009, Párr. 108, 113, *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?I=001-95771>; Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Daoudi v. Francia*, App. No. 19576/08, Diciembre 3 de 2009, Párr. 64, *disponible en*: <http://echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-90014>.

estaría protegido contra el riesgo de tratamiento prohibido por la Convención⁹⁶.

En la sentencia *Hirsi Jamaa*, el Tribunal también tuvo que abordar la posibilidad de devolución indirecta, es decir, el riesgo de que al devolver a los migrantes a Libia, Italia los exponga al riesgo de ser repatriados a Eritrea y Somalia. Las autoridades italianas habían interceptado a migrantes en alta mar y los habían trasladado a Libia. En dos párrafos en términos generales, el Tribunal dictaminó que la expulsión a un tercer país requiere que el estado expulsor se asegure de que el tercer país tenga suficientes garantías para evitar que los migrantes sean devueltos a sus países de origen en violación de la prohibición de devolución:

Corresponde al Estado autor de la expulsión asegurarse de que el país intermediario ofrece suficientes garantías para evitar que el individuo en cuestión sea devuelto a su país de origen sin haber procedido a realizar una evaluación de los riesgos potenciales. El Tribunal observa que esta obligación cobra todavía mayor importancia cuando, como en el presente asunto, el país intermediario no es un Estado parte al Convenio⁹⁷.

En el presente asunto, el deber del Tribunal no es el de pronunciarse sobre la posible violación del Convenio en caso de que los demandantes hubieran sido repatriados, sino el de examinar si existían suficientes garantías de que los demandantes no iban a ser devueltos a sus países de origen, siendo así que disponían de un argumento defendible según

96 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Saadi v. Italia*, App. No. 37201/06, *Supra* nota 96. Párr. 148.

97 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Hirsi Jamaa y otros v. Italia*, App. 27765/09, *Supra* nota 6, Párr. 147.

el cual su repatriación supondría una violación del artículo 3 del Convenio⁹⁸.

El Tribunal observó que la información general sobre Eritrea y Somalia indicaba que la situación en esos países presentaba amenazas graves y generalizadas a la seguridad y descubrió que solo por ese hecho, los solicitantes tenían un argumento discutible de que la repatriación constituiría devolución⁹⁹. Libia no ha firmado la Convención sobre los Refugiados y no existe un procedimiento de asilo en Libia, aunque hay una oficina de ACNUR en Trípoli, pero no fue reconocida por el gobierno y el *status* de refugiado otorgado por ACNUR no garantizaba ningún tipo de protección en Libia¹⁰⁰. El Tribunal concluyó que:

...cuando los demandantes fueron trasladados a Libia, las autoridades italianas sabían, o deberían de haber sabido, que las garantías que supuestamente debían proteger a los demandantes del riesgo de ser devueltos arbitrariamente a sus países de origen eran insuficientes, teniendo en cuenta, especialmente, la ausencia de cualquier tipo de procedimiento de asilo y la imposibilidad de hacer que las autoridades libias reconociesen los estatutos de refugiado otorgados por ACNUR¹⁰¹.

El Comité contra la Tortura se ocupó de los retornos a terceros países en dos casos individuales¹⁰². En *Korban v. Suecia*, primero evaluó si la deportación del solicitante a su país de origen, Iraq, constituiría una violación del artículo 3 de la Convención

98 *Ibidem*. Párr. 148

99 *Ibidem*. Párr. 149-152

100 *Ibidem*. Párr. 143-154

101 *Ibidem*. Párr. 156

102 Wouters, *Supra* nota 41, en 508-510.

contra Tortura, que prohíbe explícitamente la devolución¹⁰³. Habiendo concluido que lo haría, el Comité evaluó si el traslado del solicitante a Jordania como tercer país desde Suecia, sería permisible¹⁰⁴. Se encontró que en Jordania, refugiados iraquíes como Korban “no estaban del todo protegidos de ser deportados a Irak”¹⁰⁵. Esta conclusión se basó en parte en un informe del ACNUR que indica dos casos de expulsión forzada a Irak que ocurrieron en 1997¹⁰⁶. En un segundo caso, el Comité encontró que el traslado al país de origen no constituiría una violación del artículo 3 de la Convención contra la Tortura; por lo tanto, el traslado a un tercer país tampoco fue problemático¹⁰⁷. Dos aspectos de la posición del Comité merecen atención. Primero, empleó una metodología diferente a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que primero decidió si la expulsión al país de origen sería compatible con la Convención y solo después de eso se abordó la cuestión de la expulsión a un país intermediario. En segundo lugar, en el único caso en el que se ocupó de la sustancia del problema, aplicó un umbral bajo para determinar que la deportación viola la Convención (“no totalmente protegida” del regreso al país de origen)¹⁰⁸.

103 Comité contra la Tortura, *Avedes Hamayak Korban v. Suecia*, Opiniones del Comité contra la Tortura bajo el Artículo 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. CAT/C/21/D/088/1997. 16 de noviembre de 1998. Párr. 3.1-3.2, 6.2.

104 *Ibidem*. Párr. 4.6-4.12

105 *Ibidem*. Párr. 4.10

106 *Ibidem*. Párr. 4.8

107 Comité contra la Tortura, *ZT v. Australia*, Opiniones del Comité contra la Tortura bajo el Artículo 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. CAT/C/31/D/142/2000. 19 de noviembre de 2003. Párr. 6.5.

108 Comité contra la Tortura, *Avedes Hamayak Korban v. Suecia*. Párr. 4.10

En 2011, el Tribunal Superior de Australia dictaminó que los solicitantes de asilo no podían ser devueltos a Malasia antes de la determinación de su *status*, invalidando un acuerdo australiano-malayo de julio de 2011 a tal efecto¹⁰⁹. Según el Tribunal, los solicitantes de asilo solo podían ser devueltos a un tercer país de acuerdo con la ley australiana, “informado por la obligación central de no devolución, que es una protección clave asumida por Australia bajo la Convención de Refugiados”¹¹⁰; si la protección de los refugiados fuera parte de las “obligaciones internacionales o legislación nacional pertinente”¹¹¹; y si se hubiera establecido que el país receptor “cumple con sus obligaciones internacionales, garantías constitucionales y estatutos nacionales que son relevantes para los criterios”¹¹². Estos criterios no se cumplieron porque Malasia:

...first, does not recognise the status of refugee in its domestic law and does not undertake any activities related to the reception, registration, documentation and status determination of asylum seekers and refugees; second, is not party to the Refugees Convention or the Refugees Protocol; and, third, has made no legally binding arrangement with Australia obliging it to accord the protections required by those instruments... The Minister's conclusions that persons seeking asylum have access to UNHCR procedures for assessing their need for protection and that neither persons

109 Demandante M70 / 2011 v. Ministro de Inmigración y Ciudadanía (2011) Párr. 258.

110 *Ibidem*. Párr. 66

111 *Ibidem*.

112 *Ibidem*. Párr. 67. El Tribunal también estableció que la obligación legal del tercer país de proporcionar el reconocimiento y la protección necesarios de los refugiados es un requisito mínimo para hacer que el retorno de los solicitantes de asilo sin determinación de estatus sea compatible con la Convención de Refugiados. *Ibidem*. Párr. 245.

*seeking asylum nor persons who are given refugee status are ill-treated pending determination of their refugee status or repatriation or resettlement did not form a sufficient basis for making the declaration.*¹¹³

...en primer lugar, no reconoce el *status* de refugiado en su derecho interno y no realiza ninguna actividad relacionada con la recepción, registro, documentación y determinación del *status* de solicitantes de asilo y refugiados; segundo, no es parte en la Convención de Refugiados o el Protocolo de Refugiados; y, tercero, no ha hecho ningún acuerdo legalmente vinculante con Australia que lo obligue a otorgar las protecciones requeridas por esos instrumentos...

Las conclusiones del Ministro de que las personas que solicitan asilo tienen acceso a los procedimientos del ACNUR para evaluar su necesidad de protección y que ni las personas que solicitan asilo ni las personas que reciben el estatuto de refugiado reciben malos tratos hasta que se determine su condición de refugiado, su repatriación o reasentamiento base para hacer la declaración. (Traducción hecha por el autor)

En resumen, se consideró que Malasia no era un tercer país seguro porque su ordenamiento jurídico no contenía ninguna obligación de determinar el *status* de refugiado y proteger a los refugiados, ni cumplía sus obligaciones en la práctica¹¹⁴. Por lo tanto, la expulsión de un solicitante de asilo no puede tener lugar si el país de expulsión “sabe o debería saber que no hay garantía de que su solicitud de asilo sea examinada seriamente”

113 High Court of Australia. *Plaintiff M70/2011 v. Minister for Immigration and Citizenship & Anor*, M70/2011, Australia, 31 de Agosto de 2011. Supra nota 3. Párr. 135, 249.

114 *Ibidem*. Párr. 254

en el tercer país¹¹⁵. Segundo, incluso ante la ausencia de tales informes, una persona que invoca la prohibición de devolución siempre debe ser capaz de refutar la presunción de que en el tercer país puede estar a salvo. En otras palabras, los individuos siempre deben tener la oportunidad de argumentar que, aunque el tercer país puede ser “seguro” en general, no es así en su caso individual. En cuanto al criterio que se aplicará en tales circunstancias, la jurisprudencia internacional ofrece poca orientación. La aplicación de criterios, como los utilizados por el Comité contra la Tortura (“no totalmente protegido”) o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“garantías adecuadas” y “garantías suficientes”), se originan a la luz de la naturaleza de la prohibición de devolución y según la redacción del Artículo 33, párrafo 1, de la Convención sobre los Refugiados (“en cualquier forma”)¹¹⁶.

C. Revisión de las solicitudes de asilo

La jurisprudencia citada en las secciones anteriores indica que todos los migrantes deben tener una oportunidad realista de presentar una solicitud de asilo y que esta solicitud debe ser examinada de forma individual. La posibilidad de traslado a un tercer país puede ser relevante para el resultado del examen, pero no puede eliminar la obligación de un examen. La eliminación sin un examen riguroso de la solicitud de asilo es en sí misma contraria a la prohibición de devolución¹¹⁷. Dicha eliminación

115 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Mss v. Bélgica y Grecia*, App. No. 30696/09, *Supra* nota 56, Párr. 358.

116 *Ibidem*. Párr. 55-56.

117 CIDH. Situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes en los Estados Unidos de América. OAS/Ser.L/V/II.155 Doc. 16, 24 julio 2015, párr.168; CIDH. Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema

deja sin sentido el derecho de asilo y es un abuso del poder coercitivo del Estado. Este es también el caso en una situación de afluencia masiva, porque no hay bases normativas sobre las cuales se pueda argumentar que la naturaleza de los derechos y deberes involucrados cambia simplemente por las dificultades prácticas que conlleva su cumplimiento. En otras palabras, los migrantes deben tener una oportunidad real de invocar la prohibición de devolución y si lo hacen, bloqueará su expulsión hasta que se haya llevado a cabo un examen individual adecuado de la sustancia de su reclamo¹¹⁸.

¿Existen criterios para la sustancia de este examen? Existen numerosas posiciones del ACNUR sobre este tema¹¹⁹. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que el examen no puede limitarse a una aplicación automática y mecánica de las normas procesales nacionales: los solicitantes deben ser conscientes del hecho de que pueden ser “devueltos” o “rechazados” en caso de que no justifiquen un reclamo contra su expulsión¹²⁰. Los solicitantes deben tener una oportunidad realista de probar su reclamo; las reglas de procedimiento deben garantizar que el Artículo 3¹²¹ tenga pleno efecto. El Comité de Derechos Humanos opina que los solicitantes de asilo deben tener acceso a asistencia jurídica y traductores o intérpretes de

Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado. OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 40. Rev. 1. 28 de febrero de 2000, párr. 25; Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, Párr. 210.

118 Lauterpacht y Belén, *Supra* nota 41, en 118.

119 Wouters, *Supra* nota 41, en 164-173.

120 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Hirsi Jamaa y otros v. Italia*, App. 27765/09, *Supra* nota 6, Párr. 203-207.

121 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Jabari v. Turquía*, App. No. 40035/98, *Supra* nota 52; Párr. 40.

manera gratuita y oportuna¹²². El Comité también ha insistido en procedimientos especiales para las solicitantes de asilo y menores de edad¹²³ al igual que la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹²⁴.

En las observaciones sobre la situación en los Estados que son parte de la Convención contra la Tortura, el Comité contra la Tortura ha insistido en la importancia de las audiencias formales e individuales¹²⁵; la posibilidad de reunir pruebas (la detención de los solicitantes lo dificulta, debiéndose tener en cuenta en la evaluación de un reclamo); la naturaleza transparente, imparcial y contradictoria de la evaluación; la independencia de la autoridad que tenga en su poder la toma de decisiones y servicios de interpretación gratuitos para los demandantes y capacitación adecuada para dichas autoridades.

En resumen, no existen normas precisas en el derecho internacional para el examen de las solicitudes de asilo. En cambio, hay estándares, que pueden considerarse para proporcionar a cada individuo garantías adecuadas contra la remoción en violación de la prohibición de devolución. Este estándar solo puede tener una forma definida en el sistema legal interno de los Estados individuales y tienen una gran libertad en cómo lo hacen. La pregunta obvia que surge a menudo es si un estado está dando forma a este estándar o si, por el contrario, está tratando de eliminar la garantía provista por el estándar.

122 Wouters, Supra nota 41, en 411.

123 *Ibidem*.

124 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Supra nota 126. Párr. 210.

125 Wouters, Supra nota 41, en 514-515.

D. Prohibición de rechazo en las fronteras y protección judicial

La capacidad de un solicitante de asilo para apelar una decisión sobre su situación migratoria parece crucial. Sin derecho a apelar, el Estado puede aplicar su poder coercitivo arbitrariamente ya que esta solicitud no será examinada críticamente. Esto puede dejar sin sentido el derecho de asilo. Un Tribunal es la institución más apropiada para revisar una decisión de devolver a una persona porque los Tribunales son típicamente independientes y más adecuados para presentar reclamos sobre violaciones de los derechos humanos de poblaciones marginadas y sub representadas, mientras que otras instituciones están más inclinadas a aplicar consideraciones políticas mayoritarias. Sin embargo, están cubiertos por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que garantiza un recurso efectivo a todos con una afirmación discutible de que uno o más de los derechos garantizados por la Convención han sido violados por un Estado parte¹²⁶. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha indicado que, en casos de asilo, el derecho a un recurso efectivo conlleva cuatro consecuencias prácticas. Primero, el procedimiento de apelación debe permitir el hecho que:

*it may be difficult, if not impossible, for the person concerned to supply evidence within a short time, especially if... such evidence must be obtained from the country from which [the asylum seeker] has fled. Accordingly, time-limits should not be so short, or applied so inflexibly, as to deny an applicant for recognition of refugee status a realistic opportunity to prove his or her claim*¹²⁷

126 Antônio A. Cançado Trindade, *Voto Razonado del Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

127 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Bahaddar v. Países Bajos, App. 25894/94, Mayo 24 de 1995, Párr. 45, *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/>

Puede ser difícil, si no imposible, que la persona interesada proporcione pruebas en poco tiempo, especialmente si... dicha evidencia debe obtenerse del país del que [el solicitante de asilo] ha huido. En consecuencia, los límites de tiempo no deben ser tan cortos, o aplicarse de manera inflexible, como para negarle al solicitante de reconocimiento de la condición de refugiado una oportunidad realista para probar su reclamo. (Traducción hecha por el autor)

El procedimiento de apelación no puede limitarse a formalidades, y debe tratar con el fondo de la reclamación, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta la información actual¹²⁸. Segundo, corresponde al solicitante “presentar evidencia capaz de probar” que su traslado sería contrario a la prohibición de devolución¹²⁹. Este criterio en realidad no requiere que el solicitante establezca que la eliminación constituiría devolución. Una vez que el solicitante ha establecido una afirmación discutible de que esto sería así, corresponde al Estado en cuestión “disipar cualquier duda al respecto”¹³⁰. En tercer lugar, los Tribunales deben someter la denegación de asilo a una revisión completa, no restringida a una prueba de racionalidad. El Tribunal no debe limitarse a considerar si las autoridades podrían concluir razonablemente que la remoción del solicitante no violaría la prohibición de devolución, sino que debería abordar la cuestión de si la remoción realmente violaría esa prohibición. Cuarto, las apelaciones deben tener un efecto suspensivo automático

sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58136.

128 *Ibidem*.

129 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Saadi v. Italia, App. No. 37201/06, *Supra* nota 96. Párr. 148.

130 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. NA. v. Reino Unido, App. 25904/07, Julio 17 de 2008, Párr. 111, *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-87458>.

para evitar que una solicitante de asilo sea retirado en espera de una apelación que finalmente gana¹³¹. El artículo 2, párrafo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también establece el derecho a un recurso efectivo, que se aplica en el caso de “una decisión de expulsar a un riesgo discutible de tortura”¹³², incluso si una solicitud de asilo ha sido declarada inadmisibles o manifiestamente infundada¹³³. Igualmente, un remedio es efectivo solo si tiene efecto suspensivo¹³⁴.

III. Conclusión

Las siguientes cinco conclusiones pueden extraerse del derecho internacional tal como se lo ha descrito en el presente artículo: primero, los migrantes deben tener una verdadera oportunidad de solicitar asilo cuando son detenidos en la frontera, esto se debe a que el Estado en el que se presentan generalmente está en la mejor posición para ayudarlos y porque de lo contrario el derecho de asilo sería casi sin sentido. El hecho de que a

131 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cˆonka v. Bélgica*, App. 51564/99, Febrero 2 de 2002, Párr. 82–83, *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60026>; Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Gebremedhin v. Francia*, App. 25389/05, Abril 26 de 2007, Párr. 58, *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-80333>; Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Affaire Sultani c. Francia*, App. No. 45223/05, Septiembre 20 de 2007, Párr. 50, *disponible en*: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-82337>.

132 Comisión de Derechos Humanos, *Alzery v. Suecia*, *Opiniones del Comité de Derechos Humanos en virtud del Artículo 5, Párrafo 4, del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, CCPR/C/88/D/1416/2005. 10 de noviembre de 2006, Párr. 11.8 [en adelante CDH *Alzery Views*].

133 Wouters, *Supra* nota 41, en 413-414.

134 CDH. *Alzery Views*, *Supra* nota 133, Párr. 11.8; Wouters, *Supra* nota 41, en 413-414.

un solicitante aún no se le haya permitido ingresar al Estado es irrelevante, siendo el asunto crucial si los agentes estatales ejercen una autoridad efectiva sobre el individuo en cuestión. En segundo lugar, una vez que se haya presentado una solicitud y hasta que sea examinada, la expulsión del solicitante a otro país debe suspenderse. Tercero, cualquier solicitud debe ser sometida a un examen sustantivo por parte de las autoridades estatales competentes. Cuarto, en caso de que la solicitud sea denegada, el solicitante debe tener el derecho de apelar ante un Tribunal o una entidad independiente, similar a un Tribunal, que puede analizar la denegación de asilo en esencia (este derecho existe independientemente de los motivos de denegación). Quinto, esta apelación debe suspender la expulsión del solicitante. Sin un examen sustantivo de las solicitudes y un derecho de apelación, habría un mal uso del poder coercitivo del Estado.

En este documento se ha discutido las consideraciones morales y legales que impiden que los países rechacen a los posibles solicitantes de asilo en sus fronteras. Muchos Estados occidentales se enfrentan a una afluencia de inmigrantes indocumentados, muchos de los cuales ingresan irregularmente dentro de sus jurisdicciones territoriales y solicitan asilo. Las políticas migratorias restrictivas implican una violación sistemática de las normas de asilo de naturaleza moral y legal; por lo tanto, a pesar de la falta de voluntad de los Estados para tomar una decisión clara sobre este asunto, por muchas razones las obligaciones morales y legales de los gobiernos regionales hacia los solicitantes de asilo no pueden evitarse.

De igual manera, erigir una barrera física no resolverá el problema por al menos dos razones: en primer lugar, las personas pueden atravesar muros, como es sabido entre las fronteras de alta congestión migratoria. En segundo lugar, los argumentos discutidos a lo largo del presente artículo se aplican igualmente

a los migrantes en las fronteras o fuera de ellas, como los que solicitan asilo dentro de las respectivas jurisdicciones territoriales. Además, es muy probable que un muro conduzca a un comportamiento más arriesgado entre los migrantes (incluidos los solicitantes de asilo), lo que en última instancia dará como resultado un mayor número de muertes. La construcción de una barrera física simplemente creará problemas morales y legales propios.

Desplazamiento interno, ambiente y derechos humanos en América Latina

*Ignacio Odriozola**
*Fernanda de Salles Cavedon-Capdeville***
*Erika Pires Ramos****

I. El escenario de los desplazamientos internos relacionados a desastres y cambio climático en América Latina

Las variaciones del clima, que alteran la frecuencia y la intensidad de los riesgos e impactos de los desastres, inciden

* Investigador de la Red Sudamericana para las Migraciones Ambientales (en adelante “la RESAMA”); maestrando en Migración y Estudios de Movilidad por la University of Bristol, Reino Unido; diplomado en Migrantes y Protección de Refugiados por la Universidad de Buenos Aires, Argentina; diplomado en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario por la American University, Estados Unidos; abogado por la Universidad de Buenos Aires, Argentina; abogado en la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación, Argentina.

** Investigadora de la RESAMA; becaria del Programa Nacional de Posdoctorado de la CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), Brasil, en la Universidad Federal de Santa Catarina; doctora en Derecho Ambiental por la Universidad de Alicante, España; posdoctora por la Universidad de Limoges, Francia.

*** Fundadora e investigadora de la RESAMA; doctora en Derecho Internacional por la Universidad de Sao Paulo (USP); procuradora federal en el Instituto Brasileño de Medio Ambiente y Recursos Naturales Renovables (IBAMA).

directamente sobre la movilidad humana.¹ Los desastres ambientales y los impactos negativos del cambio climático son importantes factores de desplazamiento interno en América Latina y se estima que, de no adoptarse medidas urgentes, estos desplazamientos serán aún más frecuentes. América Latina es una de las regiones más vulnerables al cambio climático² y, también, bastante expuesta a los desastres. En el 2018, las Américas ocuparon la segunda posición a nivel global en cuanto al número de personas afectadas por desastres con un total de 9,8 millones de personas afectadas,³ siendo únicamente superadas por Asia.

Lo ocurrido durante el 2017, es un fiel reflejo de la veracidad de estas proyecciones. El desastre de mayor envergadura a nivel mundial, el huracán “Harvey”, afectó a veinte países de la región y desplazó internamente a 848 000 personas; el huracán “María” afectó a 146 000 y el fenómeno El Niño costero provocó en Perú no solo la peor inundación de los últimos veinte años sino también el desplazamiento interno de 295 000 personas.⁴ En suma, ese

-
- 1 Cfr. Global Platform for Disaster Risk Reduction. *Ensuring the resilience of infrastructure and housing*, Leaders’ Forum for Disaster Risk Reduction The Cancun High-Level Communiqué, 24 de mayo del 2017, disponible en https://www.preventionweb.net/files/53439_thecancunhighlevelcommuniquof24may2.pdf
 - 2 América Central es la segunda región más expuesta al cambio climático y Sudamérica queda en la sexta posición, de acuerdo con el Climate Change Vulnerability Index 2017, disponible en: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/verisk%20index.pdf> En el período 1998-2017, entre los diez países más afectados por riesgos climáticos en el mundo cinco están en América Latina y el Caribe; estos son los siguientes: Puerto Rico (1), Honduras (2), Haití (4), Nicaragua (6) y República Dominicana (10). Ver Ecksteiel n, David y otros. *Global Climate Risk Index 2019*, Berlin: Germanwatch e.V., diciembre del 2018, p. 8.
 - 3 Cfr. Centre for Research on the Epidemiology of Disasters (CRED). *Natural Disasters 2018*. Bruselas, 2019. p. 8.
 - 4 Cfr. Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC). *Global Report on*

mismo año la región contó con el 23,8 % de desplazados internos por desastres a nivel global, quedando atrás únicamente de Asia del Este y del Pacífico.⁵ En el 2018, 1,7 millones de personas se han desplazado internamente en las Américas como consecuencia de desastres y, si bien fue un porcentaje menor que en el 2017, los eventos relacionados con el clima siguen siendo la principal causa de dichos desplazamientos.⁶

Sin embargo, este fenómeno no es reciente ni novedoso. Entre el 2008 y el 2014, el porcentaje de desplazamientos internos por desastres en el ámbito regional representó el 10 % sobre el total global, con 2,6 millones de personas desplazadas internamente por motivos ambientales. Brasil, Chile, Colombia y Haití se posicionaron entre los veinte países con el mayor número de desplazamientos por desastres.⁷

Incluso, al ampliar el período de análisis, se verifica que el número de personas afectadas por estos factores se ha elevado radicalmente pues la media del período del 2000 al 2015 fue de 5,1 % de personas afectadas, mientras que solo en el 2016

Internal Displacement (GRID 2018), Norwegian Refugee Council (NRC), Ginebra, 2018, p. 39, disponible en <http://www.internal-displacement.org/global-report/grid2018/downloads/2018-GRID.pdf>

5 Cfr. Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC). *Global Report on Internal Displacement (GRID 2017)*, Norwegian Refugee Council (NRC), Ginebra, 2017, p. 7, disponible en <http://www.internal-displacement.org/global-report/grid2017/pdfs/2017-GRID.pdf>

6 Cfr. Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC). *Global Report on Internal Displacement (GRID 2018)*, Norwegian Refugee Council (NRC), Ginebra, 2018, p. 146, disponible en <http://www.internal-displacement.org/sites/default/files/publications/documents/2019-IDMC-GRID.pdf>

7 Cfr. Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC). *Global Estimates 2015: people displaced by disasters*, Norwegian Refugee Council (NRC), Ginebra, 2015, p. 109, disponible en <http://www.internal-displacement.org/sites/default/files/inline-files/20150713-global-estimates-2015-en-v1.pdf>

alcanzó un total de 17,3 %.⁸ El cambio climático y los desastres asociados también tienen consecuencias económicas importantes en la región. En el período de 1998 al 2017, América Latina fue el continente que presentó el índice más elevado de pérdidas económicas como consecuencia de desastres relacionados al clima, representando el 53 % del total global.⁹

Debido a las consecuencias del cambio climático, el Banco Mundial calcula que hacia el 2050 –únicamente por cambios de impacto lento sobre el medio ambiente– se habrán desplazado internamente en América Latina 17 millones de personas.¹⁰ Entre las razones principales que motivan tal estimación, destacan el aumento del nivel de los mares junto al impacto en la agricultura y otros medios de subsistencia como la escasez de agua, la salinización de tierras agrícolas y las sequías. 2,5 millones de personas fueron afectadas por sequías durante el 2018 en América Central, incluyendo las zonas críticas de migración en la región. En consecuencia, los eventos de impacto lento provocados por los cambios en el clima pueden agravar aún más las vulnerabilidades preexistentes.¹¹

8 Cfr. Centre for Research on the Epidemiology of Disasters (CRED). *Annual Disaster Statistical Review 2016 - The numbers and trends*, Bruselas, 2017, p. 59.

9 Cfr. Centre for Research on the Epidemiology of Disasters (CRED), *Economic Losses, Poverty & Disasters 1998-2017*, Bruselas, 2018, p. 33, disponible en <https://www.unisdr.org/we/inform/publications/61119>

10 Cfr. World Bank. *Groundswell: Preparing for Internal Climate Migration*, Washington, DC, p. 256, disponible en <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/29461>

11 Cfr. UN News. *Extreme weather hit 60 million people in 2018, no part of the world spared*, 24 de enero del 2019, disponible en <https://news.un.org/en/story/2019/01/1031182>

Las cifras y los registros reseñados, reflejan que América Latina es una de las regiones del planeta de mayor vulnerabilidad frente a los desastres y el cambio climático. Ambos fenómenos que –como hemos dicho– inciden directamente en el desplazamiento interno por razones ambientales, entre otras consecuencias provocan el desarraigo de comunidades cuyas culturas se centran en el territorio y el ambiente aumentando su exposición a la explotación y a la discriminación, así como a su identidad y pérdida de cultura.

A pesar de la gravedad de estos datos y de las consecuencias para los derechos humanos, no existen instrumentos internacionales o regionales vinculantes que reconozcan y protejan a las personas desplazadas por motivos ambientales. La comunidad internacional cuenta tan solo con un catálogo de derechos y obligaciones que se prevén en los Principios Rectores para los Desplazamientos Internos (en adelante “los PRDI”);¹² superadas dos décadas desde su establecimiento, en la región los PRDI prácticamente no han sido implementados e incorporados por los Estados de América Latina.

Como reconoce la relatora especial de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante “la ONU”) para los derechos humanos de los desplazados internos, el cambio climático y los desastres generan que más comunidades estén expuestas al desplazamiento y exigen –por ello– el fomento de la capacidad de respuesta. Para eso, propuso que los Estados incorporen los PRDI en su derecho interno aplicándolos de acuerdo con su contexto y sus marcos jurídicos para evaluar funciones, avances y logros respecto de los mismos.¹³

12 ONU. *Principios Rectores de los desplazamientos internos*, Asamblea General, E/CN.4/1998/53/Add.2*, 11 de febrero de 1998.

13 Cfr. ONU. *XX Aniversario de los Principios Rectores de los desplazamientos internos: una agenda de estrategias y acciones conjuntas*. Informe de la

Todo esto invita a examinar cuáles han sido las contribuciones que a tal efecto han realizado los organismos regionales o multilaterales e incluso los propios Estados, sea en el marco de espacios multilaterales o de manera unilateral, a fin de instrumentar medios para prevenir estos desplazamientos o para garantizar la protección de los derechos humanos de las personas cuando ello resulta inevitable.

II. Contribuciones regionales al reconocimiento y la protección de los desplazados ambientales internos y aplicación de los PRDI

1. Organización de los Estados Americanos

La protección de las personas desplazadas internamente ha recibido la atención de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “la OEA”) desde mediados de la década de 1980.¹⁴ En rigor, esta entidad regional adoptó el concepto de desplazamiento interno definido en los PRDI –que incluye a los desplazados por desastres– e instó a los Estados a implementar dichos principios como una base para la adopción de planes, políticas y programas relacionados con el desplazamiento interno. Este tópico fue tratado a través de sucesivas resoluciones dictadas en el marco de la Asamblea General de la OEA.

La más reciente, realizada en el 2014,¹⁵ aborda la prevención de desplazamientos por desastres y promueve la protección de los

Relatora Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, UN Doc A/HRC/38/39, 2018, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/102/58/PDF/G1810258.pdf?OpenElement>

14 Cfr. OEA. *Situación jurídica de los asilados, refugiados y personas desplazadas en el continente americano*, AG/RES. 774 (XV-O/85), 1985.

15 Cfr. OEA. *Desplazados internos*, AG/RES 2850 (XLIV-O/14), 2014.

individuos y las poblaciones que han debido desplazarse. Entre sus aportes resalta: i) la importancia de implementar medidas para prevenir y evitar tanto el desplazamiento interno como sus causas, a través del desarrollo del marco legal nacional; ii) que los Estados atiendan las necesidades de los desplazados internos en los planes, las políticas y los programas de reducción del riesgo de desastres; iii) que los Estados respondan de manera pronta y eficaz a las necesidades de las personas internamente desplazadas en casos de desastres naturales, incluyendo aquellas relacionadas con la prevención, la reducción y la mitigación de riesgos; y iv) favorecer el diálogo del Estado con los desplazados internos y las comunidades afectadas.

La situación de las Américas dista de lo ocurrido en el continente africano, adonde se adoptó en el 2009 un instrumento de carácter vinculante: la Convención de la Unión Africana para la protección y la asistencia de los desplazados internos, conocida como la Convención de Kampala. En la misma, los Estados parte se obligan —expresamente— a impulsar “medidas para proteger y ayudar a las personas que han sido desplazadas internamente debido a los desastres naturales o producidos por el ser humano, incluyendo el cambio climático”.¹⁶

En el ámbito multilateral, aún no se ha alcanzado un consenso que permita avanzar de forma integral en la protección de las personas desplazadas internamente dentro de la región. Ello, sin embargo, no impide tener presente los avances logrados en el seno de la OEA. Tampoco debe obviarse que, en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, se expresó “preocupación por la situación que padecen las personas desplazadas dentro de su propio país”; asimismo, se instó a las “autoridades nacionales y

16 Unión Africana. *Convención de la Unión Africana para la protección y la asistencia de los desplazados internos*, Cumbre Extraordinaria de la Unión Africana, Kampala, Uganda, 22 de octubre de 2009, artículo 5, inciso 4.

de los organismos internacionales competentes para que ofrezcan protección y asistencia a estas personas y contribuyan a aliviar la angustiada situación en que muchas de ellas se encuentran”.¹⁷

2. La contribución desde la perspectiva de los derechos humanos: organismos y acuerdos

La protección de los derechos humanos de los desplazados internos en el contexto del cambio climático y de los desastres, no es un asunto novedoso dentro del sistema de la ONU. En el 2009, el representante de su secretario general para los derechos humanos de los desplazados internos publicó un informe sobre la protección de estas personas en situaciones de desastres naturales,¹⁸ proponiendo una clasificación en cuatro grupos: i) derechos relacionados con su seguridad e integridad física; ii) derechos relacionados con sus necesidades vitales entre las cuales se encuentran la alimentación, el agua, los cuidados médicos y una vivienda adecuada; iii) derechos relacionados con sus necesidades de orden económico, social y cultural como el trabajo, la educación, la restitución de sus bienes, etc.; y iv) derechos relacionados con necesidades de orden civil y política como las libertades de religión y de expresión, la documentación para identificarse, la participación, el acceso a la justicia y la interdicción de la discriminación.

17 Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios. *Declaración de Cartagena sobre refugiados*, Cartagena, Colombia, 19 al 22 de noviembre de 1984, novena conclusión.

18 ONU. *Protección de los desplazados internos en situaciones de desastres naturales*, Informe del representante del secretario general sobre los derechos humanos de los desplazados internos, UN Doc A/HRC/10/13/Add.1, 2009, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/10session/A.HRC.10.13.Add.1.pdf>

Por su parte, en el 2011, el relator especial para los derechos humanos de los desplazados internos dedicó su informe anual a ese tema en el contexto del cambio climático, en el cual incluyó una serie de recomendaciones detalladas que aparecían focalizadas en medidas de prevención, adaptación, mitigación y soluciones duraderas. El citado relator defendió un enfoque basado en los derechos humanos para subsanar las vulnerabilidades de las personas desplazadas y afrontar los desafíos de los desplazamientos en el contexto del cambio climático, aplicado a todas sus etapas.¹⁹

También el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, además de adoptar distintas resoluciones vinculando derechos humanos y cambio climático, en su Resolución 35/20 –adoptada el 22 de junio del 2017– reconoció que la movilidad humana relacionada con el cambio climático y los derechos humanos son transversales por naturaleza.²⁰

Cabe verificar si el sistema interamericano de derechos humanos (en adelante “el SIDH”) está siguiendo la misma línea de acción que ha desarrollado la ONU y cuál es su contribución en América Latina tanto para el reconocimiento como para la protección de los desplazados internos, de sus derechos humanos y ambientales, y si establece conexiones entre desplazamiento interno, cambio climático y desastres.

19 Cfr. ONU. *Cambio climático y desplazamiento interno*. Informe del relator especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos, UN Doc. A/66/285, 2011, disponible en http://www.un.org/ga/search/viewm_doc.asp?symbol=A/66/285

20 Cfr. ONU. *Los derechos humanos y el cambio climático*, Consejo de Derechos Humanos, Asamblea General. 35º período de sesiones, UN Doc. A/HRC/RES/35/20, 7 de julio del 2017.

a. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la CIDH” o “la Comisión Interamericana”), si bien no ha fijado estándares de protección específicos respecto de las personas desplazadas internamente por motivos ambientales, sí consideró los vectores ambientales en el contexto de los estándares regionales sobre movilidad humana.

En el Informe sobre Movilidad Humana asentó que “el cambio climático y, en particular, diversos desastres naturales también han ocasionado desplazamiento interno y migración internacional en la región [...]”,²¹ y reconoció el impacto de los desastres y el cambio climático sobre los derechos humanos.²² También, más recientemente, publicó el informe Desplazamiento interno en el Triángulo Norte de Centroamérica en el cual propuso una serie de lineamientos para la formulación de políticas públicas con enfoque de derechos humanos para la atención del desplazamiento interno, estableciéndose como una referencia sobre la temática pese a la reducida atención que ha puesto sobre el impacto del cambio climático en los procesos de desplazamiento interno en las Américas.²³

Por otra parte, la CIDH utilizó los comunicados de prensa como un medio para alertar a los Estados de la región sobre la vinculación entre el desplazamiento interno como consecuencia de efectos ambientales y la necesidad de proteger los derechos

21 CIDH. *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/13, 30 de diciembre del 2013, párr. 76.

22 Cfr. CIDH, *Informe sobre movilidad humana. Estándares interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, 31 de diciembre del 2015, párr. 65.

23 Cfr. CIDH *Desplazamiento interno en el Triángulo Norte de Centroamérica. Lineamientos para la formulación de políticas públicas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 101, 27 de julio del 2018.

de las personas afectadas. Mediante uno de estos advirtió, por ejemplo, sobre las graves consecuencias que generaron en perjuicio de las poblaciones los huracanes “Irma” y “Harvey”, así como el terremoto de 8,2 grados en la escala Richter que sacudió a México en el 2017. Además de alentar a los Estados a adoptar en el plano doméstico los PRDI, en dicho comunicado reconoció que “los efectos del cambio climático son cada vez más y más severos” razón por la cual se deberá contribuir “a la preparación y resiliencia a largo plazo de estos Estados y comunidades” para “reducir su riesgo cuando se acerque el siguiente desastre natural”. En esa misma ocasión, la CIDH destacó que el continente americano y la comunidad internacional deben dar una respuesta coordinada a estas situaciones, “apelando a una idea de justicia climática” pues “no basta brindar asistencia humanitaria, sino que se debe atender a las obligaciones en materia de derechos humanos de personas desplazadas como consecuencia de factores medioambientales”.²⁴

En tal sentido, también emitió un comunicado en el 2018 en el cual expresó su preocupación por la situación de derechos humanos en Puerto Rico como resultado –justamente– de la devastación que habían ocasionado un año atrás los huracanes “Irma” y “María”. La CIDH también llamó a los Estados Unidos a adoptar medidas para responder de manera efectiva a la situación de las personas desplazadas en el contexto de los desastres, teniendo en cuenta los derechos humanos y los PRDI además de desarrollar e implementar programas de mitigación, adaptación y resiliencia para disminuir los riesgos y la destrucción que pueden generar a futuro los desastres naturales y el cambio climático.²⁵

24 Cfr. CIDH. *CIDH expresa solidaridad con personas afectadas por huracanes y terremoto en países de la región e insta a los Estados y a la comunidad internacional a adoptar medidas para atender a la situación de las personas afectadas*, Comunicado de prensa 139/17, 12 de septiembre del 2017.

25 Cfr. CIDH. *CIDH expresa profunda preocupación por la situación de derechos*

También, al conmemorar en el 2018 el Día internacional de los pueblos indígenas, la Comisión Interamericana se refirió al desplazamiento interno y a los procesos migratorios de personas y comunidades indígenas en las Américas, los cuales “se dan más frecuentemente debido a conflictos y presiones relacionadas a sus tierras y recursos, por desastres ambientales [...]”. Al respecto, urgió a los Estados a cumplir con las obligaciones establecidas en los PRDI; especialmente con las que mandan prevenir el desplazamiento interno; proteger a los desplazados durante y después del desplazamiento; brindar y facilitar asistencia humanitaria; y buscar soluciones duraderas a través del retorno, el reasentamiento y la reintegración de los desplazados internos en condiciones de seguridad y dignidad.²⁶

En otro orden, la CIDH se ha expresado respecto de la protección de desplazados internos como consecuencia de desastres a través de tres medidas cautelares que a continuación se detallan, suscitadas a raíz del sismo en Haití ocurrido en enero del 2010.

La medida cautelar 340/10 sobre mujeres y niñas residentes en 22 campos para desplazados internos en Puerto Príncipe, Haití, fue dictada a favor de todas las mujeres y niñas desplazadas que se encontraban en dichos campamentos y que estaban siendo víctimas de violencia sexual dentro de los mismos; la CIDH le exigió al Estado el impulso de medidas para protegerlas, además de pedir que se garantizara su participación y su liderazgo en la planeación y ejecución de políticas y prácticas para combatir y prevenir la violencia sexual en los campamentos.

humanos de Puerto Rico, Comunicado de prensa 4/18, 18 de enero del 2018.

26 Cfr. CIDH. *En ocasión del Día internacional de los pueblos indígenas*, CIDH *urige a Estados a implementar políticas públicas que protejan a los pueblos indígenas que se han visto forzados a migrar*, Comunicado de prensa 174/18, 9 de agosto del 2018.

Mediante la medida cautelar 367/10 sobre desalojos forzados de cinco campamentos de desplazados, Haití, la CIDH solicitó al Estado adoptar una moratoria sobre las expulsiones; asegurar el traslado de las personas expulsadas ilegalmente a lugares con condiciones mínimas de salubridad y seguridad, garantizar a los desplazados acceso a un recurso efectivo, implementar medidas de seguridad para proteger su integridad física, entrenar a las fuerzas de seguridad respecto de los derechos de las personas desplazadas y asegurar el acceso de las agencias de cooperación internacional a dichos campamentos.

En cuanto a la medida cautelar 52/13 sobre 567 familias residentes en Grace Village, Haití, la solicitud indicaba riesgos para la vida y la integridad de las personas desplazadas en el campamento Grace Village. La CIDH pidió al Estado impulsar medidas para evitar el uso de la fuerza y garantizar que las acciones de las autoridades públicas y de particulares, no representaran un riesgo para la vida y la integridad personal de quienes se encontraban refugiadas dentro del mismo; medidas de seguridad en el campamento, con especial atención a las mujeres y los niños; y asegurar el acceso a agua potable, además de la plena participación de los beneficiarios en la planificación y ejecución de las medidas.

Más allá de estas expresiones, advertimos que la CIDH cuenta con otros espacios como las relatorías y las audiencias temáticas, la cuales pueden representar importantes medios para ayudar a potenciar y visibilizar el asunto de los desplazamientos internos en el contexto de los desastres y los efectos del cambio climático. Por caso, la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes, cuyo mandato se focaliza en “promover el respeto y garantía de los derechos de los migrantes y sus familias, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas, desplazados internos, así como otros grupos de personas vulnerables en el

contexto de la movilidad humana”.²⁷ De momento, esta no ha logrado desarrollar acciones específicas de cara a la movilidad humana relacionada con factores ambientales como los desastres y el cambio climático.

Asimismo, la Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, a juzgar por su Mapa Estratégico 2018 - 2021 posee un mandato directamente vinculado con este asunto por cuanto refiere al medio ambiente y al cambio climático, dos ejes ubicados en el centro de las discusiones sobre desplazamiento interno por factores ambientales. No obstante, al igual que la anterior, no se ha identificado que haya desarrollado iniciativas en la materia.

En relación con las audiencias temáticas, verificamos que se han abordado distintas cuestiones ambientales, los cuales podrían asociarse a factores de desplazamiento interno por motivos ambientales; también constatamos que se han tratado asuntos de desplazamiento interno de manera autónoma.²⁸ No se ha presentado, hasta el momento, una articulación entre ambos tópicos. Sin embargo, consideramos que representa un avance importante la realización de la sesión temática sobre

27 CIDH *Mandato y funciones*, Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/mandato/mandato.asp>

28 CIDH. *Situación de las “zonas de sacrificio” ambiental y las consecuencias de la actividad industrial sobre el derecho a la salud en Chile, y Situación de derechos humanos de las comunidades quilombolas en Brasil*, 171° período de sesiones, 13 de febrero del 2019; *Situación de derechos humanos de las comunidades indígenas afectadas por derrames de petróleo en Cuninico y Vista Alegre, Perú*, 168° período de sesiones, 7 de mayo del 2018; *Desplazamiento interno y derechos humanos en América*, 167° período de sesiones, 2 de marzo del 2018; *Situación de derechos humanos de las personas afectadas por el desplazamiento interno en México*, 159° período de sesiones, 5 de diciembre del 2016; 154° período de sesiones, 20 de marzo del 2015; *Audiencia sobre protección de derechos humanos en desastres naturales*, 124° período de sesiones, 3 de marzo del 2006.

los impactos del cambio climático en los derechos humanos de grupos en situación de vulnerabilidad incluyendo pueblos indígenas, mujeres, niños y comunidades rurales, en el marco del 173° período de sesiones de la CIDH; la misma se realizó el 25 de septiembre de 2019, con la participación de quince organizaciones entre nacionales y regionales. En la ocasión, estas presentaron un conjunto de proposiciones a la CIDH respecto de su actuación en el tema²⁹ y le solicitaron instar a los Estados a adoptar medidas relacionadas con el cambio climático y sus consecuencias para los derechos humanos.

29 Las solicitudes en cuanto al mandato de la Comisión Interamericana son las que siguen: “1. Incorporar en su mandato la crisis climática como un asunto prioritario que amenaza todos los derechos humanos y los ecosistemas, especialmente a través del litigio de casos, elaboración de informes temáticos, visitas in loco [sic], y demás acciones de litigio, monitoreo y promoción de derechos humanos. 2. Que impulse las peticiones y medidas cautelares relacionados con el cambio climático y sus medidas de respuesta, de manera que se asegure la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de grupos vulnerables, teniendo en cuenta los estándares desarrollados por la Corte IDH en la OC 23. 3. Que exija a los estados la protección y garantía de los derechos de defensores y defensoras ambientales y del territorio. 4. Que exhorte a los estados a diseñar e implementar acciones climáticas más ambiciosas a través de las CDN de 2020, en armonía con sus obligaciones de derechos humanos. Para tal fin, la CIDH podría dar seguimiento al avance de dichas políticas y observar su concordancia con las obligaciones en materia de derechos humanos asumidas por los estados. 5. Que enfatice la responsabilidad de las empresas y las instituciones financieras en respetar los derechos humanos en el contexto del cambio climático, utilizando los estándares más garantistas en materia de empresas y derechos humanos”. Martínez, Adrián. “Organizaciones alertan a la CIDH de los impactos de la crisis climática en los derechos humanos”, *La ruta del clima*, 29 de septiembre del 2019, disponible en <https://larutadelclima.org/2019/09/29/organizaciones-alertan-a-la-cidh-de-los-impactos-de-la-crisis-climatica-en-los-derechos-humanos/?sfns=mo>

b. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte IDH” o “la Corte”) ha desarrollado una extensa labor jurisprudencial relacionada con los estándares de protección de las personas desplazadas internamente; dicha jurisprudencia, claro está, de igual modo puede aplicarse a quienes el factor para su desplazamiento se motiva en desastres y los efectos adversos del cambio climático. De otra parte, la Corte también desarrolló la dimensión ambiental de distintos derechos humanos y reforzó de manera especial –principalmente en los últimos años a través de su jurisprudencia y la Opinión Consultiva 23/17 (en adelante “la OC 23/17”) sobre Medio ambiente y derechos humanos– la conexión en casos vinculados a los derechos humanos de los pueblos indígenas, su relación con los territorios tradicionales y sus elementos ambientales.

En este sentido, tanto la coordinación entre los estándares y los lineamientos sobre desplazamiento interno de un lado así como sobre derechos humanos y medio ambiente de otro lado, extraídos de la jurisprudencia de la Corte IDH, podría contribuir para delinear las bases relativas a la protección humanitaria de las personas desplazados internamente por motivos ambientales en América Latina.

i. Los lineamientos sobre los derechos de los desplazados internos en la jurisprudencia de la Corte IDH

Como puntos de partida, la Corte reconoció la especial vulnerabilidad de las personas desplazadas considerando el fenómeno como una condición de desprotección de facto, que afecta una múltiple gama de derechos humanos entre los que destacan los siguientes: no ser desplazadas internamente, circular libremente en el territorio del Estado, escoger libremente el

lugar de residencia, a la integridad personal, a la vida privada y familiar, a la propiedad y al trabajo.³⁰

En concreto, la Corte IDH ha considerado que los PRDI son particularmente relevantes para determinar el contenido y el alcance del artículo 22 –Derecho de Circulación y Residencia– de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la CADH”).³¹ Es decir, le ha otorgado especial relevancia al principal instrumento *soft law* en materia de desplazamiento interno al considerarlo –al menos– una guía para interpretar la letra del artículo que precisa los derechos y obligaciones de los Estados parte respecto de las personas en contexto de movilidad. Con ello, además, homologó la definición de los PRDI, que alcanza a aquellas personas que se ven forzadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual por “catástrofes naturales o provocadas por el ser humano”.³²

Más precisamente indicó que la CADH, al reconocer en su artículo 22.1 el derecho de circulación y residencia, establece no solo una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona³³ sino también un medio para proteger el derecho a no ser desplazado forzosamente dentro de un Estado parte.³⁴

30 Cfr. Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia del 1 de julio del 2006, párr. 212.

31 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 15 de junio del 2005, Serie C N° 124, párr. 111.

32 ONU. Asamblea General de la ONU, *op cit.* nota 15, artículo 2.

33 Cfr. Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto del 2004, Serie C No. 111, párr. 115; *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de mayo del 2010, Serie C No. 213, párr. 197 y otros.

34 Cfr. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 15 de septiembre del 2005, Serie C No. 134, párr. 188; *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala* (Excepciones

En la misma línea, agregó que la noción de desplazado interno no debe obedecer a una categoría *de jure* sino *de facto*, toda vez que “no es el registro formal ante los entes gubernamentales lo que le da el carácter de desplazado a un individuo, sino el mero hecho de haberse visto compelido a abandonar el lugar de residencia habitual”.³⁵

En lo que interesa a este artículo, la Corte IDH ha emitido la mencionada OC 23/17 sobre Medio ambiente y derechos humanos, en la cual se refirió a una serie de derechos sensibles frente a las afectaciones del primero destacando –entre otros– el derecho de toda persona a no ser desplazada forzosamente y advirtiendo sobre la vulnerabilidad de ciertos grupos respecto de los daños ambientales; se trata de poblaciones como la indígena, la niñez o las personas que viven en extrema pobreza y deben desplazarse internamente.³⁶

Además, al margen de las razones que motivan el desplazamiento interno, la Corte IDH no solo ha interpretado y ampliado los alcances de los PRDI sino que también ha destacado reiteradamente la obligación estatal de adoptar medidas para reducir la vulnerabilidad de los grupos citados previamente.³⁷ Por ejemplo, la situación de los pueblos indígenas y demás comunidades tradicionales de América Latina fue examinada exhaustivamente por la misma, identificando una situación

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25 de mayo del 2010, párr. 139.

35 Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs Colombia*, sentencia del 1 de julio del 2006, Serie C No. 148.

36 Cfr. Corte IDH. *OC-23/17. Medioambiente y derechos humanos*, 15 de noviembre de 2017, párrs. 66 y 67.

37 Cfr. Corte IDH. *Caso Masacre de Río Negro vs. Guatemala* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 4 de septiembre de 2012, Serie C No. 250, párr. 174, *inter alia*.

de vulnerabilidad agravada cuando las personas desplazadas pertenecen a estos grupos; asimismo, alertó sobre la atención por las pérdidas culturales resultantes del desplazamiento.³⁸

A más ahondar, debe enfatizarse que no obstante la jurisprudencia de la Corte IDH no trata específicamente los desplazamientos causados por desastres y los efectos adversos del cambio climático, esta le atribuye a los Estados obligaciones tales como el deber de adoptar medidas preventivas y ofrecer condiciones de regreso con dignidad y seguridad, permitiendo la participación de los desplazados en el planeamiento de dicho regreso y de su reintegración.³⁹ También impone el deber de garantizar asistencia humanitaria y un retorno con seguridad, en el contexto del ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia, o el reaseguro de las mismas condiciones que los demás ciudadanos del país, no debiendo la persona sufrir ningún tipo de discriminación por el hecho de haber sido desplazada.⁴⁰ La Corte, a su vez, entendió que los Estados deben adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de las condiciones de debilidad, vulnerabilidad e indefensión de las personas desplazadas⁴¹ y –en una dimensión preventiva– deben adoptar medidas contra el desplazamiento de pueblos indígenas, minorías y otros grupos en una situación de especial dependencia y apego a su territorio.

38 Cfr. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros...*

39 Cfr. Corte IDH. *Comunidad Moiwana...;* *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 de agosto del 2014, Serie C No. 283, párr. 177.

40 Cfr. Corte IDH. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*, sentencia del 20 de noviembre del 2013, Serie C N° 270, párr. 220.

41 Cfr. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán...*, párr. 179.

Estos estándares podrán ser igualmente aplicados a los casos de desplazamiento interno por razones ambientales y podrán ser armonizados con las disposiciones de los PRDI en su principio 6 (d), que garantiza la protección contra desplazamientos arbitrarios en casos de desastres.

ii. Las conexiones entre medio ambiente y derechos humanos en la Corte IDH⁴²

La Corte desarrolló distintas vinculaciones entre los derechos humanos y el medio ambiente, tanto a través de su jurisprudencia –atribuyendo una dimensión ambiental a los derechos humanos reconocidos por la CADH– como al emitir la mencionada OC 23/17, situando el derecho humano al medio ambiente en una dimensión colectiva e individual.

En el contexto del SIDH, dicho derecho humano se encuentra establecido normativamente en el Protocolo adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocido como el Protocolo de San Salvador (en adelante “el Protocolo”). El artículo 11 del mismo dispone que toda persona tiene derecho a vivir en un ambiente sano y que los Estados deben promover la protección, la preservación y la mejoría del ambiente. Hay que considerar que, todavía, este derecho carece de efectividad como consecuencia de los límites a su justiciabilidad que resultan del artículo 19 (6) del Protocolo. Si

42 El análisis de la jurisprudencia ambiental de la Corte IDH que sirve de referencia para las consideraciones sobre el tema en el presente artículo, fueron desarrolladas en: Cavedon-Capdeville, Fernanda de Salles. “Jurisprudência Ecologizada nas Cortes de Direitos Humanos: Contribuições para a Ecologização dos Direitos Humanos”, Leite, José Rubens Morato (Ed.). *A Ecologização do Direito Ambiental Vigente: Rupturas Necessárias*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019. pp. 185 a 220.

bien la Corte IDH se abstuvo de reconocer en su jurisprudencia un derecho humano al medio ambiente, cuanto menos expresó la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y el gozo de los demás derechos humanos.⁴³

Sin embargo, la OC 23/17 representó un giro sustancial respecto de este último punto. Además de reconocer el medio ambiente sano como un derecho fundamental para la existencia de la humanidad, la Corte afirmó que el derecho al medio ambiente integra el grupo de derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la CADH. A su vez, lo reconoce derecho autónomo que no se confunde con la dimensión ambiental atribuida a los derechos humanos en general. En su dimensión colectiva, este derecho es un valor universal e intergeneracional; en su dimensión individual, pone en relieve su relación con los demás derechos por cuanto la violación de este derecho repercute directa e indirectamente sobre el individuo. También divide los derechos relacionados con el medio ambiente en substantivos –aquellos sobre los cuales su goce es especialmente vulnerable a la degradación del medio ambiente– y procedimentales, los cuales son aquellos cuyo ejercicio contribuye en mejorar las políticas ambientales.

Por su parte, los principales avances de la Corte IDH respecto de la dimensión ambiental de los derechos humanos ocurrieron en casos relacionados a los derechos, modos de vida, territorio y bienes ambientales de los pueblos indígenas y demás comunidades tradicionales de América Latina. El primer caso en que la Corte IDH tuvo la oportunidad de conectar derechos humanos y medio ambiente fue el de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua, del 31 de agosto de 2001, especialmente en el contexto del derecho a la propiedad común

43 Cfr. Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 3 de abril del 2009, Serie C No. 196. párr. 148.

de los pueblos indígenas sobre su territorio tradicional y sus elementos ambientales, lo cual está relacionado con el artículo 21 de la CADH. Este fue el punto de partida para la construcción de una jurisprudencia con trazos ambientales, que interpretó los derechos humanos para adecuarlos a la relación de los pueblos tradicionales con su ambiente. Especialmente, la noción de “bien” evoluciona para adecuarse al sentido que la propiedad y el territorio tiene para estos pueblos.⁴⁴

Los derechos sustantivos y procedimentales han adquirido una dimensión ambiental, configurándose como instrumentos de promoción y garantía de una dignidad que solo es posible en un contexto ambiental equilibrado. Esta dignidad amplia se verifica –por ejemplo– en la interpretación del derecho a la vida, que se considera como el derecho a una vida digna en la cual el medio ambiente tiene un papel preponderante⁴⁵ y que incluye el derecho al agua, entre otros.⁴⁶

44 “149. ...] Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia del 31 de agosto del 2001, párr. 149.

45 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua vs Paraguay*, sentencia del 7 de junio del 2005.

46 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay*, sentencia del 24 de agosto del 2010.

Hemos identificado doce decisiones de la Corte IDH relacionadas con temas ambientales, además de un caso pendiente de decisión.⁴⁷ De estos doce casos, once⁴⁸ tratan sobre los derechos de los pueblos tradicionales de América Latina y su relación con el medio ambiente; el único que no guarda relación con este tema, es el que aborda el acceso a la información ambiental.⁴⁹ A partir del análisis de estos casos, identificamos tres derechos substantivos con una dimensión ambiental: a la vida,⁵⁰ a la propiedad⁵¹ y a la integridad física.⁵² Por su parte, respecto

47 Cfr. Corte IDH. *Caso de las Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat vs. Argentina*, sentencia del 8 de febrero del 2019.

48 Cfr. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tigni...*; *Caso de la Comunidad Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua...*; *Caso de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, sentencia del 29 de marzo del 2006; *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname*, sentencia del 28 de noviembre del 2007; *Caso de la Comunidad Xákmok Kásek...*; *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia del 27 de junio del 2012; *Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del río Cacarica (Operación Génesis)...*; *Caso de los Pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayanos y sus miembros vs. Panamá*, sentencia del 14 de octubre del 2014; *Caso de los Pueblos Kalina y Lokono vs. Suriname*, sentencia del 25 de noviembre del 2015; *Caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz vs. Honduras*, sentencia del 8 de octubre del 2015; y *Caso de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra vs. Honduras*, sentencia del 8 de octubre del 2015.

49 Cfr. Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, sentencia del 19 de septiembre del 2006.

50 Cfr. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua...*; *Caso de la Comunidad Xákmok Kásek...*; *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaky...*

51 Cfr. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni...*; *Caso de la Comunidad Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua...*; *Caso de la Comunidad Xákmok Kásek...*; *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaky...*; *Caso de los Pueblos indígenas Kuna de Mandungandí y Emberá de Bayano...*; *Caso de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra...* La Corte IDH extrae del artículo 21 de la CADH otros derechos conexos a la propiedad como el acceso al agua, a la identidad cultural, a la información y a la participación en temas ambientales.

52 Cfr. En el citado caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaky contra Ecuador,

de los derechos procedimentales con dimensión ambiental se identificaron los siguientes: a la información,⁵³ a la participación en los asuntos públicos,⁵⁴ a un proceso equitativo y a un recurso efectivo.⁵⁵ De estas decisiones de la Corte IDH, es posible extraer algunos lineamientos sobre el tema de las conexiones entre derechos humanos y medio ambiente que a continuación se presentan:

- La propiedad (artículo 21, CADH) involucra el acceso e integridad de los elementos ambientales necesarios para la manutención de los modos de vida de los pueblos tradicionales. El elemento ambiental es parte del núcleo de este derecho sin el cual su función de medio de subsistencia, de vida digna y soporte a la identidad cultural queda limitada.
- Dimensión ambiental del derecho a la vida (artículo 4, CADH) como derecho a la vida digna⁵⁶ que contempla los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante “los DESCAs”).
- Los DESCAs son criterios interpretativos para revisar el contenido de los derechos humanos garantizados en la CADH.⁵⁷

cuya sentencia data del 27 de junio de 2012, la Corte IDH atribuye una dimensión ambiental a este derecho (artículo 5.1 de la CADH) ante los riesgos de actividades de explotación del ambiente.

53 Cfr. Corte IDH. *Caso Claude Reyes...* La Corte también reconoce el derecho a la información ambiental conexo al derecho a la propiedad de los pueblos tradicionales, como en el mencionado caso Pueblo Saramaka contra Suriname.

54 Cfr. Derecho a la consulta, exigencia de estudio de impacto ambiental y social y repartición de los beneficios (artículo 23 de la CADH), conforme el referido caso de los Pueblos Kalina y Lokono contra Suriname.

55 Cfr. Corte IDH. *Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del río Cacarica (Operación Génesis)*...

56 Sobre el concepto de vida digna, ver el citado caso de la comunidad Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua contra Paraguay.

57 En el caso de la Comunidad Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua contra

- El derecho a la integridad física (artículo 5.1, CADH) guarda relación con la dimensión ambiental del derecho a la propiedad, reconociéndose su violación ante los riesgos de actividades de explotación de recursos ambientales.⁵⁸
- La dimensión procedimental del derecho al medio ambiente es reconocida y garantizada a través de los derechos a la consulta previa, a la información ambiental y a la participación en decisiones sobre proyectos y actividades que generan riesgos e impactos ambientales.⁵⁹
- El derecho a la participación en asuntos públicos (artículo 23, CADH) incluye el derecho a la consulta previa; también a la participación y repartición de los beneficios de proyectos y actividades que exploten o impacten sobre bienes ambientales.⁶⁰
- El derecho a la libertad de expresión (artículo 13, CADH) incluye el derecho de solicitar, recibir y difundir informaciones ambientales y la obligación estatal de fornecer informaciones sobre la gestión ambiental.⁶¹ Se reconoce el derecho a un recurso efectivo para la protección del medio ambiente (artículo 25, CADH).
- Se reconoce la contribución de los pueblos indígenas en las áreas protegidas, garantizando su participación efectiva, el acceso y uso de los territorios tradicionales y sus bienes ambientales, y los beneficios de la conservación.⁶²

Paraguay, la Corte IDH utilizó los DESCAs y el artículo 26 de la CADH para desarrollar el derecho a la vida digna.

58 Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Xákmok Kásek...*; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaky...*

59 Cfr. Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka...*; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaky...*; *Caso Pueblos Kalina y Lokono...*; *Comunidad Garífuna de Punta Piedra...*

60 Cfr. Corte IDH. *Caso Pueblos Kalina y Lokono...*

61 Cfr. Corte IDH. *Caso Claude Reyes...*

62 Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Xákmok Kásek...*; *Casos Pueblos Kalina y*

- Dimensión ambiental del principio de no discriminación (artículo 1, CADH) y su conexión con la justicia ambiental.⁶³

Los estándares extraídos de la jurisprudencia en materia de desplazamiento interno y medio ambiente, demuestran el avance de estos temas en la Corte IDH y su disposición de hacer desarrollar el abordaje centrado en los derechos para los mismos. Sin embargo, el ambiental y el de desplazamiento interno evolucionaron separados, por carriles diferentes y sin oportunidad de que se establecieran conexiones entre sí. Por otro lado, como adelantamos en el apartado relativo a la CIDH, esta ha avanzado en la vinculación de ambos asuntos a través de medidas cautelares o de comunicados de prensa pero sin que –de momento– lo hayan abordado sus relatorías temáticas o haya sido propuesto en una audiencia temática. No obstante, pareciera que el contexto general es alentador y propicio para que el SIDH entienda en casos relacionados a desplazamiento interno o riesgo de desplazamiento, en el contexto del cambio climático y desastres.

Lo dicho cobra fuerza cuando se presta especial atención al aumento de las situaciones de violaciones de derechos humanos y a la frecuencia en la que estas suceden como en el caso del desplazamiento interno– a partir de desastres o de efectos adversos del cambio climático. Incluso, cuando se atiende a que son cada vez más los litigios climáticos como los casos de 25 jóvenes contra Colombia (STC4360-2018), Juliana y otros contra Estados Unidos (2018), Urgenda contra Holanda (2018) o Leghari contra Pakistan (2015), que utilizan como argumento central los derechos humanos.

Lokono...

63 Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Xákmok Kásek...*

De otra parte, el Comité de Derechos Humanos de la ONU recibió –por primera vez– una petición relacionada con la violación de derechos humanos derivada de los efectos adversos del cambio climático en mayo del 2019, que además aborda una situación de riesgo de desplazamiento forzado. Se trata del caso Torres Strait Islanders contra Australia,⁶⁴ en el cual el pueblo tradicional de esta isla considera que las emisiones de gases invernadero y la incapacidad estatal de establecer medidas adecuadas para luchar contra el cambio climático ponen en riesgo sus modos de vida, su posibilidad de quedar en su territorio y –en consecuencia– sus derechos humanos. Este es un caso paradigmático que demuestra cómo estos temas están imbricados y el papel relevante que los órganos de protección de derechos humanos comenzarán a tener en la protección de los desplazados por motivos ambientales.

c. El Acuerdo de Escazú

El Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe –conocido coloquialmente como Acuerdo de Escazú (en adelante “el Acuerdo”) y adoptado el 4 de marzo del 2018– es una importante herramienta para trabajar en la consolidación de las conexiones indispensables entre derechos humanos y medio ambiente en el continente; incluso, es una herramienta fundamental

64 Para más informaciones sobre el caso, consultar el enlace de *ClientEarth*, organización que lo está impulsando. La petición presentada al Comité de Derechos Humanos de la ONU no está todavía disponible para consulta; la única información disponible en la página web de este es el recibimiento de la petición, que no fue apreciada hasta el momento. Ver <https://www.clientearth.org/human-rights-and-climate-change-world-first-case-to-protect-indigenous-australians/>

para las personas desplazadas internamente o en riesgo de desplazamiento.

Es el primer tratado sobre asuntos ambientales de la región y su fin es garantizar la implementación efectiva de los derechos humanos procedimentales de acceso a la información, participación pública y a la justicia en dichos asuntos, además de reconocer el derecho humano a vivir en un medio ambiente sano.

Si bien el Acuerdo no hace referencia directa a los desplazados ambientales internos, sí hace distintas menciones a los grupos vulnerables, a la importancia de estos derechos para protegerlos y a medidas especiales para garantizar el pleno goce de los estipulados en su texto. Los derechos humanos ambientales procedimentales representan herramientas relevantes para las personas desplazadas, o para enfrentar riesgos y evitar desplazamiento. Estos permiten, justamente, no solo reconocer el derecho de acceso y el deber de los Estados de producir informaciones relacionadas al cambio climático y otros cambios ambientales capaces de producir situaciones de riesgo, sino también garantizar la participación efectiva en la elaboración de planes y políticas así como los procesos de decisión sobre proyectos y medidas con impactos sobre el medio ambiente.

En este sentido, los derechos ambientales garantizados en el Acuerdo son fundamentales y aplicables en todo el ciclo del desplazamiento. En la fase de prevención contribuyen asegurando el acceso a informaciones relativas a riesgos ambientales, climáticos y de desastres, o la participación de grupos vulnerables y expuestos al riesgo de desplazamiento en planes, estrategias, políticas y normas climáticas, de reducción de las amenazas de desastres ambientales y de planeamiento urbano. Sobre el momento del desplazamiento y de respuesta, tienen que ver con el derecho de recibir informaciones claras y específicas sobre la

situación ambiental que generó el evento primero; también con el derecho de participar en las decisiones relativas a la asistencia, destinación y otras medidas de protección, o incluso el de acceso a la justicia para demandarla en favor de sus derechos como desplazados ambientales.

Y en el momento de la búsqueda de soluciones duraderas, favorecen la posibilidad de participar activamente en todo el proceso de decisiones relativas a la integración o el regreso a sus hogares con seguridad y dignidad, en cuanto a los aspectos de calidad y seguridad ambiental o riesgos que persistan. Otro momento en que los derechos de información y participación son esenciales es en los casos de reubicación planificada, garantizando participación amplia e informada de las personas en riesgo de desplazamiento o desplazadas por razones ambientales.

Por último, el Acuerdo es un importante instrumento de justicia ambiental y climática para América Latina; puede servir como medio para guiar la interpretación y la aplicación de los derechos de acceso a la información, a la participación y a un recurso efectivo garantizados a las personas desplazadas en el Principio 7 de los PRDI, afirmando su contenido y dimensión ambiental.

III. La protección nacional de los desplazados internos por motivos ambientales en América Latina

En América Latina son pocos los países que han adecuado y/o incorporado los PRDI en el plano doméstico mediante la sanción de una ley,⁶⁵ especialmente con el reconocimiento de los

65 Cfr. Global Protection Cluster. *Marcos normativos sobre desplazamiento interno. Desarrollos mundiales, regionales y nacionales*, 2016, p. 6, disponible en http://www.globalprotectioncluster.org/assets/files/tools_and_guidance/

desplazamientos internos provocados por desastres y los efectos adversos del cambio climático. De hecho, en la región solo lo ha hecho Perú;⁶⁶ cabe destacar que en sus disposiciones legales sobre desplazamiento interno, considera aquellos resultantes de desastres naturales o provocados por el ser humano.

En México, la iniciativa de establecer una norma que contemple la situación de los desplazados internos por motivos ambientales no fue llevada a cabo en el ámbito federal, pese a que al momento de la redacción de este artículo exista una iniciativa para sancionar la Ley General sobre desplazamiento forzado interno, que contempla a aquellas personas desplazadas por “desastres vinculados con fenómenos naturales o producidos por el ser humano”.⁶⁷ En el ámbito estatal, Chiapas cuenta con

[Internal%20Displacement/gpc_reg_framework_idp.es.pdf](#)

66 “Para los efectos de las materias tratadas en la Ley y el presente Reglamento, se consideran las siguientes definiciones: 1. Desplazamiento Interno. Es el proceso por el cual una persona o un grupo de personas se ven forzadas u obligadas a abandonar su hogar o lugar de residencia habitual, como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, situaciones de violencia generalizada, violaciones de los Derechos Humanos y agentes imprevistos, desastres naturales o provocados por el ser humano y que no ha dado lugar al cruce de una frontera estatal internacionalmente reconocida. Se consideran dos grandes clases de Desplazamiento Interno: a) Desplazamiento Forzado por conflicto interno o internacional o acción de grupos alzados en armas. El Desplazamiento Forzado es espontáneo e impredecible. Esta clase de desplazamiento, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 7 de la Ley, se subdivide en Arbitrario y No Arbitrario. b) Desplazamiento o evacuación, ocasionada por acción violenta de agentes imprevistos o desastres naturales o provocados por el ser humano. El desplazamiento o evacuación es organizado y conducido”. Congreso de la República del Perú. *Ley sobre los desplazamientos internos (Ley 28.223)*, 20 de mayo del 2004; Decreto Supremo N° 004-2005-MIMDES, artículo 4, Definiciones.

67 Iniciativa que expide la Ley General sobre desplazamiento forzado interno, impulsada por el diputado Ulises García Soto del grupo parlamentario de Movimiento Regeneración Nacional (MORENA), 30 de marzo del 2019, disponible en: <http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2019/04/as>

la Ley para la prevención y atención del desplazamiento interno aprobada en el 2012; en Guerrero, durante ese mismo año, se aprobó la Ley N° 487 para prevenir y atender el desplazamiento interno. Ambos casos se refieren expresamente a la protección de las personas desplazadas por motivos ambientales.⁶⁸

En la región hay otros Estados como Colombia, Ecuador y Honduras que, pese a no introducir específicamente la mención a los desplazados internos ambientales, cuentan con instrumento legales sobre desplazamientos internos. Un año antes de los PRDI, Colombia sancionó la Ley 387 del 18 de julio de 1997 que abordaba este asunto. Ecuador, en el 2008, incorporó la protección de las personas desplazadas, sin distinciones de ninguna índole, en el artículo 42 de la Constitución Política; Honduras hizo lo propio en el 2013, a través del Decreto Ejecutivo N° PCM-053-2013.

Por otro lado, en materia de política migratoria pueden hallarse algunas referencias a los desplazamientos por motivos ambientales, sin que esto implique una mención expresa de los desplazados internos. Por caso, el Estado Plurinacional de Bolivia cuenta con la Ley de Migraciones N° 370 que define expresamente a los migrantes climáticos en los siguientes términos: “Grupos de personas que se ven obligadas a desplazarse de un Estado a otro por efectos climáticos, cuando existe riesgo o amenaza a su vida, sea por causas naturales, desastres medioambientales, nucleares, químicos o hambruna”.⁶⁹ Así, la definición no parecería contemplar a aquellas personas que se desplazan internamente

un_3841125_20190402_1550599387.pdf

68 El Estado de Chiapas cuenta con la Ley para la prevención y atención del desplazamiento interno (2012) y el Estado de Guerrero con la Ley N° 487 para prevenir y atender el desplazamiento interno (2014).

69 Asamblea Legislativa Plurinacional. *Ley de Migración N° 370*, artículo 4 inciso 16, 8 de mayo del 2013.

sino, tan solo, a aquellas que forzosamente se ven obligadas a cruzar una frontera internacional e ingresar al Estado boliviano impulsadas por consecuencias climáticas o ambientales.

Distinto es el caso de la República de Paraguay. Si bien en la Ley de Migraciones N° 978/1996 no se hizo ninguna alusión a los desplazamientos internos, en su reglamentación vía Decreto N° 4483 se incorporó el artículo 26 el cual indica que –atenta a “los nuevos escenarios planteados por el cambio climático y los frecuentes desastres naturales que este provoca”– la autoridad migratoria está facultada a “cooperar con los organismos pertinentes en la aplicación de medidas de prevención y atenuación de sus efectos sobre los desplazamientos circunstanciales o permanentes de la población afectada por estos fenómenos y obligada a migrar buscando reasentamientos seguros”.⁷⁰

En otro orden –además de las regulaciones específicas sobre desplazamiento interno o las vinculadas a la política migratoria– las normas, las políticas, los planes y las estrategias de enfrentamiento al cambio climático y de reducción del riesgo de desastres (en adelante “RRD”) pueden aportar contribuciones a la incorporación e implementación de los PRDI en el ámbito nacional, con disposiciones capaces de prevenir desplazamientos y/o de prever medidas de protección de personas desplazadas o en riesgo de desplazamiento.

Como ejemplo, nuevamente Perú es el único país de la región que menciona a los desplazados internos por motivos ambientales en un texto legal vinculado a cuestiones climáticas. Al respecto, la Ley Marco sobre cambio climático N° 30754 ha integrado la

70 Presidencia de la República del Paraguay. *Decreto N° 4483 por el cual se aprueba la política nacional de migraciones de la República del Paraguay*, artículo 26, 21 de noviembre del 2015.

perspectiva de los impactos del este fenómeno sobre la movilidad humana, estableciendo un concepto de migrante ambiental⁷¹ que abarca los desplazamientos internos y encarga al Poder Ejecutivo la elaboración de un Plan de Acción para prevenir y atender la migración forzada causada por los efectos del cambio climático. Las normas de RRD en la región presentan disposiciones sobre evacuación y reubicación, pero sin disposiciones específicas de protección de desplazados internos por desastres.

IV. Reforzar el abordaje de derechos humanos e implementar los PRDI a los desplazamientos internos en el contexto del cambio climático y los desastres: estrategias para América Latina

A partir de lo expuesto, parecería que han sido los organismos regionales multilaterales o de derechos humanos los encargados de arrojar luz sobre la protección de las personas desplazadas por desastres y los efectos adversos del cambio climático. Los Estados, al menos desde un punto de vista jurídico o legislativo, no han avanzado significativamente en la internalización de los PRDI así como en el reconocimiento y protección a los desplazados internos por motivos ambientales. La implementación de los PRDI en su dimensión ambiental en América Latina, exige una coordinación de esfuerzos y medidas jurídicas y políticas –en lo regional y en lo nacional– que nos invita a proponer lo siguiente:

71 Migrantes por causas ambientales. Personas o grupos de personas que por culpa de cambios medioambientales ineludibles, súbitos o progresivos que afectan de forma negativa sus vidas o sus condiciones de vida, se ven obligadas a dejar sus hogares habituales o deciden hacerlo voluntariamente. El desplazamiento puede ser temporal o permanente, en el interior de su país o en el extranjero. Ley n° 30754 de 2 de abril del 2018, disponible en <http://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-marco-sobre-cambio-climatico-ley-n-30754-1638161-1/>

1. Desarrollar directrices o guías regionales que sirvan como base para que los Estados revisen o adopten normas y políticas adecuadas a las necesidades, contexto y políticas regionales, con el fin de incorporar los PRDI en el ámbito nacional desde la perspectiva de los desplazamientos ambientales, incluyendo normas y políticas vinculadas al abordaje del cambio climático, de la reducción del riesgo de desastres, y de derechos humanos y ambientales en general. Esto permitirá que las normas, políticas y buenas prácticas nacionales en materia de desplazamiento ambiental interno estén armonizadas y sean coherentes con las políticas y estrategias regionales.
2. Avanzar en las discusiones sobre la posibilidad de un acuerdo o protocolo regional que trate la movilidad humana motivada por razones ambientales, incluyendo los desplazamientos internos provocados por desastres y cambio climático; además, proponer medidas para el reconocimiento y la protección de los desplazados ambientales así como para su integración y retorno dentro de una perspectiva de búsqueda de soluciones duraderas, teniendo en cuenta todo el ciclo de desplazamiento.
3. Integrar la movilidad humana en las políticas, planes y normas de reducción de riesgos de desastres, de desarrollo sostenible, de cambio climático y de derechos humanos para promover una colaboración institucional más fuerte entre actores y una sinergia entre estas políticas, además de buscar la capilaridad de las medidas de prevención y gestión de desplazamientos ambientales en distintas normas y políticas correlativas.
4. Reforzar la contribución de los organismos, las normas y las políticas regionales y nacionales de derechos humanos en la protección de las comunidades y personas desplazadas o en riesgo de desplazamiento por razones ambientales, en lo que se refiere a las posibilidades de ejercicio y goce de sus derechos y protección

contra la violación de estos en el ciclo del desplazamiento o retorno y reinstalación. Los organismos regionales y nacionales de derechos humanos pueden servir como importantes promotores de los PRDI y de su implementación en estas esferas.

5. Dar voz a las comunidades desplazadas o en riesgo de desplazamiento por desastres y cambio climático, reforzando los espacios de participación e información sea frente al sistema interamericano de derechos humanos a través de las audiencias temáticas, llamando la atención de las relatorías abocadas a asuntos migratorios y/o ambientales o en la elaboración e implementación de planes, políticas y estrategias de RRD y climáticas, incluyendo la adhesión al Acuerdo y su efectiva implementación en lo nacional para dar una dimensión ambiental al Principio 7 de los PRDI.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General

(Composición 2019)

Presidencia Honoraria

Thomas Buergenthal
Sonia Picado
Pedro Nikken

Claudio Grossman
Presidente

Mónica Pinto
Vicepresidenta

Wendy Singh
Vicepresidenta

Lloyd G. Barnett
Antonio A. Cançado Trindade
Héctor Fix-Zamudio
Robert K. Goldman
María Elena Martínez S.
Juan E. Méndez
Elizabeth Odio Benito
Nina Pacari
Hernán Salgado Pesantes
Douglass Cassel
Carlos M. Ayala Corao
Carlos Portales
Eduardo Berton
Fabián Salvioli
José Antonio Viera Gallo
Renato Zerbini Ribeiro Leao
Víctor Rodríguez Rescia

José Thompson J.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de los Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Esmeralda Arosemena de Troitiño
Joel Hernández García
Antonia Urrejola Noguera
Margarette May Macaulay
Francisco José Eguiguren Praeli
Luis Ernesto Vargas Silva
Flávia Piovesan

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Presidente;
Eduardo Vio Grossi, Vicepresidente;
Ricardo Pérez Manrique
Humberto Antonio Sierra Porto;
Elizabeth Odio Benito;
Eugenio Raúl Zaffaroni
Leoncio Patricio Pazmiño Freire.

REVISTA **IIDH**

La Revista IIDH es una publicación semestral
del Instituto Interamericano de Derechos Humanos