AKADEMÍA

REVISTA INTERNACIONAL & COMPARADA DE DERECHOS HUMANOS

El derecho a la educación para familiares de personas desaparecidas.
Andrés Marcelo Díaz Fernández

El derecho a la salud de las víctimas de desaparición forzada.
Joaquín A. Mejía Rivera

Desaparición forzada, acceso a la justicia y reparación integral en el marco de los DESCA y la justicia transicional: estudio comparado.
Luis Fernando Vélez Gutiérrez

Las condiciones de una ciudadanía basada en derechos.
Francisco Javier Ansuátegui Roig

The protection of social rights in Australia and Canada: national and international enforcement.
Elena Sorda

I|D|H
ACADEMIA INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Vol.1 | No. 1 | Año 2018

Akademía. Revista internacional y comparada de derechos humanos, Año 2018, Vol. 1, Núm. 1, Julio-Diciembre 2018; pp. 558; 24cm; Semestral; Presentación Luis Efrén Ríos Vega e Irene Spigno.

i. Artículos doctrinales, i. Derechos de las personas desaparecidas, ii. Derechos humanos y empresas, iii. Cuestiones actuales de los derechos humanos, ii. Comentarios jurisprudenciales, i. Corte Africana de Derechos Humanos, ii. Corte Interamericana de Derechos Humanos, iii. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, iv. Suprema Corte de Justicia de la Nación, iii. Notas legislativas y judiciales, iv. Reseñas bibliográficas, v. Monitor de derechos humanos en el mundo.

Akademía. Revista internacional y comparada de derechos humanos, issn: en trámite, Año 2018, Vol. 1, Núm. 1, Julio-Diciembre 2018, es una revista semestral editada por la Academia Interamericana de Derechos Humanos. Carretera 57 km. 13. Ciudad Universitaria. Arteaga, Coahuila. Tel: +52 (844) 4 11 14 06, www.academiaidh.org.mx/revista-akademia, revista.akademia@academiaidh.org.mx. Editor responsable: Irene Spigno.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representan en forma alguna la opinión institucional de la Academia Interamericana de Derechos Humanos.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron al cuidado del Centro de Estudios Constitucionales Comparados de la Academia Idh.

Esta obra está sujeta a la licencia Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons. Para ver una copia de esta licencia, visite http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/.

Akademía

Revista Internacional & Comparada de Derechos Humanos

Akademía. Revista internacional y comparada de derechos humanos

Akademía. International and comparative journal of human rights

Directorio / Directory

Luis Efrén Ríos Vega
Irene Spigno
Directores / Directors

Irene Spigno
Editor Jefe / Editor in chief

Juan Francisco Reyes
Coordinación / Coordination

Sandra Elizabeth Martínez Torres
Diseño editorial y Maquetación
Editorial design & Layout

Ana Daniela García Hernández
Diseño de portada y Publicidad
Cover design & Publicity

Myrna Berenice Hinojosa García
Wendy Yadira Mata Valdez
Santiago D. Sánchez Juárez
Édgar Sánchez Hernández
Formateo de Textos / Text Formatting

Contacto / Contact:
revista.akademia@academiaidh.org.mx
www.academiaidh.org.mx/revista-akademia

Consejo editorial / Editorial board

Jaime Fernando Cárdenas Gracia, James Cavallaro, Eleonora Ceccherini, José Ramón Cossío Díaz, Sergio Díaz Rendón, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Tania Groppi, Marco Olivetti, José de Jesús Orozco, Magda Yadira Robles Garza, Ilenia Ruggiu, Irene Sobrino Guijarro.

Comité evaluador / Evaluation committee

Jordi Barrat Esteve
Elena Bindi
Gabriella Citroni
Antonio Estrada Marún
Myrna Elía Garcia Barrera
Gerardo Garza Valdés
Alfonso Hernandez Godinez
Carlos Lema Devesa
Juan Manuel López Ulla
Giammaria Milani
Arancha Moretón Toquero
Oscar Perez de la Fuente
Miguel Ángel Presno Linera
Samuel Hiram Ramírez Mejía
Jorge Ernesto Roa Roa
Magda Yadira Robles Garza
Eduardo Román Gonzalez
Elizabeth Salmón Gárate
Oscar Sanchez Muñoz
Irene Sobrino Guijarro
Elena Sorda
María Isabel Wences Simon

Equipo editorial / Editorial team

María Guadalupe Imormino de Haro
Juan Francisco Reyes Robledo
Carlos Zamora Valadez

11 **Presentación**

ARTÍCULOS DOCTRINALES

DERECHOS DE LAS PERSONAS DESAPARECIDAS

17 **El derecho a la educación para familiares de personas desaparecidas**
Andrés Marcelo Díaz Fernández

55 **El derecho a la salud de las víctimas de desaparición forzada**
Joaquín A. Mejía Rivera

91 **Desaparición forzada, acceso a la justicia y reparación integral en el marco de los derechos DESCA y la justicia transicional: estudio comparado**
Luis Fernando Vélez Gutiérrez

DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS

141 **Debida diligencia empresarial y derechos humanos en el derecho comparado**
Irma Gámez Garza

165 **Explorando las fronteras del derecho internacional de los derechos humanos: hacia la adopción de un tratado sobre empresas y derechos humanos**
Daniel Iglesias Márquez

CUESTIONES ACTUALES DE LOS DERECHOS HUMANOS

215 **Las condiciones de una ciudadanía basada en derechos**
Francisco Javier Ansuátegui Roig

233 **Asesinato de personas migrantes *sine permissum* en tránsito. Algunas consideraciones complementarias**
Alessio Mirra

269 **The protection of social rights in Australia and Canada: national and international enforcement**
Elena Sorda

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

CORTE AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS

297 **Anudo Ochieng Anudo vs. Tanzania**
Óscar Flores Torres

305 **APDF and other vs. Mali**
Lillian Sánchez Calderoni

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

319 **San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela**
Diego Saúl García López

331 **Carvajal Carvajal vs. Colombia**
Diana Vanessa Gutiérrez Espinoza

349 **Poblete Vilches y otros vs. Chile**
Magda Yadira Robles Garza

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

375 **Stern Taulats y Roura Capellera vs. España**
Fernando Gustavo Ruz Dueñas

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

385 **Amparo Directo en Revisión 4883/2017**
Myrna Berenice Hinojosa García

NOTAS LEGISLATIVAS Y JUDICIALES

397 **An Nhs Trust and others vs. Y and another**
Jesús Manuel Martínez Torres

403 **Navtej Singh Johar vs. Union of India**
Víctor Manuel Vera García

409 **Masterpiece Cakeshop Ltd. vs. Colorado Civil Rights Commission**
Juan Francisco Reyes

415 **Amparo en Revisión 601/2017**
Paloma Lugo Saucedo

421 **Acción de Inconstitucionalidad 10/2014 y 11/2014**
Carlos Zamora Valadez

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

429 ***"Iniciación al Derecho islámico. Jurisdicciones especiales y ordinarias"*: Rocío Velasco de Castro**
Magda Yadira Robles Garza

443 ***"Diez cuestiones actuales sobre derechos humanos"*: Joaquín Mejía Rivera**
Fernando Gustavo Ruz Dueñas

MONITOR DE DERECHOS HUMANOS EN EL MUNDO

453 | INTERNACIONAL Y REGIONAL

463 | AMÉRICA

485 | EUROPA

513 | ASIA

524 | ÁFRICA

545 | OCEANÍA

Presentación

Los derechos humanos no son una moda. En la actualidad, la sociedad democrática enfrenta serios retos y desafíos de graves violaciones de los más fundamentales derechos humanos. Los espacios generalizados de injusticia e impunidad también son un signo actual en la sociedad interamericana.

México, desafortunada y muy lamentablemente, no es una excepción. La situación ha sido denunciada por diferentes organismos, nacionales e internacionales, que con sus sentencias, recomendaciones y observaciones plantean un panorama dramático y dictan, por consiguiente, urgentes medidas que se requieren implementar para avanzar en el cumplimiento de los deberes estatales.

En esta dinámica del debate de la garantía de los derechos que Norberto Bobbio señalaba en el siglo XX, un papel fundamental reside en el consenso internacional de las actuales sociedades democráticas por refrendar su compromiso con los fines del Estado constitucional de derecho, el cual exige que el quehacer público sea guiado por la tutela efectiva de la dignidad humana para erradicar estas violaciones.

Este es el compromiso que también tienen que asumir las universidades y los centros de investigación. Desde su creación en el 2015, la Academia Interamericana de Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Coahuila se ha comprometido en contribuir, a través de diferentes proyectos, en la búsqueda de soluciones reales a los diferentes problemas contemporáneos de los derechos humanos.

Hoy iniciamos, como una contribución más de índole científico: el nuevo proyecto editorial de la Academia Interamericana de Derechos Humanos, nuestra Revista "*Akademía*. Revista Internacional & Comparada de Derechos Humanos".

Se trata de un proyecto académico que pretende dar contenido a una agenda de libertad,

igualdad y fraternidad en nuestra comunidad interamericana, en donde los universitarios jugamos un papel relevante para ofrecer conocimiento riguroso que resuelva los problemas actuales de la dignidad humana.

Cada número se artícula en cinco secciones: 1. *Artículos doctrinales*; 2. *Comentarios jurisprudenciales*; 3. *Notas legislativas y judiciales*; 4. *Reseñas bibliograficas*; 5. *Monitor de derechos humanos en el mundo.* La primera sección compila artículos en donde se abordan temáticas relevantes en materia de derechos humanos bajo un enfoque crítico. Esta sección, en este primer número de la Revista, se divide en tres apartados. Esta primera edición aborda el problema de los *Derechos de las Personas Desaparecidas,* sobre todo para reflexionar en particular en los derechos ecónomicos, sociales y culturales, así como en el tema del derecho de acceso a la justicia. Este rubro cuenta con tres artículos: "El derecho a la educación para familiares de personas desaparecidas", elaborado por Andrés Marcelo Díaz Fernández; "El derecho a la salud de las víctimas de desaparición forzada" de Joaquín A. Mejía Rivera, y "Desaparición forzada, acceso a la justicia y reparación integral en el marco de los derechos DESCA y la justicia transicional: estudio comparado" a cargo de Luis Fernando Vélez Gutiérrez.

Enseguida, la revista tiene un apartado especializado sobre *Derechos Humanos y Empresa*, que cuenta con la participación de los artículos: "Debida diligencia empresarial y derechos humanos en el derecho comparado" de Irma Gámez Garza, y "Explorando las fronteras del derecho internacional de los derechos humanos: hacia la adopción de un tratado sobre empresas y derechos humanos" de autoría de Daniel Iglesias Márquez. Cierra la sección 1 el apartado sobre "Cuestiones actuales de los derechos humanos", que consta de tres artículos: "Las condiciones de una ciudadanía basada en derechos", de Francisco Javier Ansuátegui Roig; "Asesinato de personas migrantes *sine permissum* en tránsito. Algunas consideraciones complementarias", de Alessio Mirra; "The protection of social rights in Australia and Canada: national and international enforcement", de la autoría de Elena Sorda.

En la segunda sección, *Comentarios jurisprudenciales*, se analizan decisiones judiciales relevantes en materia de derechos humanos, tanto de tribunales regionales cuanto de cortes nacionales. En este número de la *Akademía* se analizan las siguientes decisiones: de la Corte Africana de Derechos Humanos *Anudo Ochieng Anudo vs. Tanzania* (por Óscar Flores Torres), sobre el tema de los apátridas, y *APDF and other vs. Mali*

(por Lillian Sánchez Calderoni), que aborda el tema de los derechos de la mujer en el matrimonio; de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela* (por Diego Saúl García López), sobre el derecho al trabajo, *Carvajal Carvajal vs. Colombia* (por Diana Vanessa Gutiérrez Espinoza), en materia de protección a periodistas, y *Poblete Vilches y otros vs. Chile* (por Magda Yadira Robles Garza), que aborda el tema del derecho a la salud de personas adultas mayores; del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Stern Taulats y Roura Capellera vs. España* (por Fernando Gustavo Ruz Dueñas), en materia de libertad de expresión con referencia al tema de la quema de la fotografía de los Reyes de España; y, finalmente, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el Amparo Directo en Revisión 4883/2017 (por Myrna Berenice Hinojosa García), en materia de valoración del trabajo doméstico.

La siguiente sección sobre *Notas legislativas y judiciales* sistematiza breves referencias a importantes pronunciamentos judiciales y novedades legislativas en materia de derechos humanos. En este número contamos con notas sobre los siguientes casos: Corte Suprema de Reino Unido *An Nhs Trust and others vs. Y and another* en materia de asistencia médica (nutrición e hidratación) a una persona con trastorno prolongado de conciencia que dependa de estos medios para mantenerse con vida (por Jesús Manuel Martínez Torres); *Navtej Singh Johar vs. Union of India* con la que la Corte Suprema de India ha declarado la inconstitucionalidad del art. 377 del Código Penal indio que consideraba un delito la relaciones sexuales entre personas del mismo sexo (por Víctor Manuel Vera García); *Masterpiece Cakeshop Ltd. vs. Colorado Civil Rights Commission* (por Juan Francisco Reyes) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de Estados Unidos de América en materia de neutralidad religiosa protegida por la Primera Enmienda; Amparo en Revisión 601/2017 (por Paloma Lugo Saucedo), donde se aborda el tema de la determinación de la calidad de víctima de violación de derechos humanos de una adolescente agredida sexualmente, a quien se le negó el derecho de interrumpir legalmente su embarazo, sin causa justificada, y la Acción de Inconstitucionalidad 10/2014 y 11/2014 (por Carlos Zamora Valadez), en la que se analiza la presunta inconstitucionalidad de varias disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales, ambas decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La cuarta sección, por su parte, incluye dos reseñas bibliográficas: la primera elaborada por Magda Yadira Robles Garza sobre el volumen de

Rocío Velasco de Castro titulado "Iniciación al Derecho islámico. Jurisdicciones especiales y ordinarias", publicado por Asociación Veritas para el Estudio de la Historia, el Derecho y las Instituciones y Omnia Mutantur, S. L, Segovia [2017]; la segunda a cargo de Fernando Gustavo Ruz Dueñas que tiene como objeto el análisis del libro de Joaquín Mejía Rivera "Diez cuestiones actuales sobre derechos humanos", publicado por el Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro [2018].

Last but not least, cierra el número la sección del *Monitor de derechos humanos en el mundo* en donde se hace una reseña, a través de noticias breves, de las novedades más relevantes –en términos jurisprudenciales y legislativos– de todo el mundo en materia de derechos humanos. Esta sección –complementada por la homonima sección en versión digital en la pagina web de la Academia IDH «*www.academiaidh.org*» es de la coautoría de los becarios, auxiliares de investigación e investigadores de la Academia.

Queremos agradecer, por un lado, a cada uno de los autores de los textos recogidos en este número, que gracias a sus investigaciones y a su profesionalismo enriquecen este nuevo proyecto editorial. En segundo lugar queremos agradecer a los integrantes del Consejo Editorial de la Revista, así como del Comité.

Finalmente, un agradecimiento especial va a Ana Daniela García Hernández por la elaboración del diseño de la portada, a Sandra Elizabeth Martínez Torres por la maquetación y el diseño editorial, a Myrna Berenice Hinojosa Garcia, Wendy Yadira Mata Valdez, Édgar Sanchéz Hernández y Santiago Sánchez Juárez por la edición de los textos y en particular a Juan Francisco Reyes por su excelente trabajo de coordinación académica de este número. Este primer número de *Akademía* significa para todo nuestro equipo un nuevo espacio de construcción científica que nos une por la lucha de los derechos. Que vengan muchos más para que cada vez el rostro de la Academia IDH se consolide como uno de los proyectos académicos más relevantes en la región interamericana.

Luis Efrén Ríos Vega - Irene Spigno

Directores

Saltillo, 1 de diciembre de 2018

ARTÍCULOS DOCTRINALES

La presente sección conforma el apartado distintivo de esta publicación. Contiene los artículos doctrinales académicamente consistentes que constituyen los temas prioritarios y específicos de la publicación y cuyo enfoque es el relevante para la misma en términos generales: el estudio de los derechos humanos en perspectiva internacional y comparada.

Para ser susceptibles a su publicación en la presente sección, los textos enviados son evaluados previamente con la finalidad de verificar que los mismos se encuentran en el área de interés del volumen respectivo, acorde a la convocatoria publicada con anterioridad. Posteriormente, dichos textos son sometidos a su revisión anónima por pares conforme a estrictos estándares académicos definidos por los editores de la publicación, quienes determinan su publicación definitiva.

El derecho a la educación para familiares de personas desaparecidas*

The right to education for relatives of disappeared persons

Andrés Marcelo Díaz Fernández
Fundar, Centro de Análisis e Investigación

Sumario: I. Introducción. II. La desaparición de personas y su triple dimensión jurídica. III. El acceso a la reparación y medidas para familiares de personas desaparecidas. IV. El derecho a la educación tras la desaparición de un familiar. 1. Contenido de la educación. 2. Aplicación diversificada de la educación. 3. Formas de proveer educación. V. Conclusión.

Resumen: El presente texto aborda el tema del derecho a la educación para las personas familiares de víctimas de desaparición forzada. Para ello nos acercamos a su contextualización así como comprender los alcances y contenidos de dos derechos humanos específicos: la reparación y la educación. Con base en los marcos jurídicos aplicables así como la exploración de las formas en las que estos derechos se pueden encontrar en el plano de la justicia accesible en México, se proponen elementos de análisis y cuestionamiento para abonar a la construcción crítica dentro de una sociedad que va moldeando las estructuras de su país. En un primer momento, se habla de la configuración jurídica de la desaparición forzada, para después delinear aspectos de la reparación del daño. Posteriormente se aborda el tema de la educación, en tanto su provisión como reparación así como la forma en la que está concebida en México, sobre todo de forma institucional pero también provocando reflexiones sobre otras formas de obtener educación.

Abstract: This text deals with the right to education for family members of victims of enforced disappearance. In order to do so, we approach its contextualization as well as understanding the scope and contents of two specific human rights: reparation and education. Based on the applicable legal frameworks as well as the exploration of

* Para la realización de este texto se contó con el apoyo de investigación de María G. Elizondo Guajardo así como con la asesoría en materia de educación de Víctor H. Carlos Banda.

the ways in which these rights can be found at the level of accessible justice in Mexico, elements of analysis and questioning are proposed to fertilize the critical construction within a society that is shaping the structures of its country. At first, there is talk of the legal configuration of enforced disappearance, followed by a delineation of aspects of reparation for damage. Subsequently, the topic of education is addressed, in terms of both its provision and reparation, as well as the way in which it is conceived in Mexico, above all in an institutional manner but also provoking reflections on other ways of obtaining education.

Palabras clave: *derecho a la educación, personas desaparecidas, familiares, reparación, justicia accesible*.

Keywords: *right to education, missing persons, family members, reparation, accessible justice*.

I. Introducción

Hablar de personas que desaparecen en México ha sido nuevamente y por desgracia una dolorosa cotidianeidad en los últimos años. El fenómeno expone no solamente la desprotección que las personas sufren por las inadecuadas políticas de seguridad por parte del Estado mexicano, sino también los crímenes que éste comete en contra de la población a la que está destinado a salvaguardar.

La desaparición forzada no se refiere a la pérdida espontánea de una persona en las rutas de este planeta sino a una anomalía social de carácter criminal, siendo en un primer momento creada y utilizada como política de contrainsurgencia por parte de los Estados –sobre todo en el contexto latinoamericano en décadas anteriores– y mutando actualmente hacia una transgresión también cometida por particulares, específicamente, el crimen organizado. El lazo entre aquellas desapariciones cometidas por parte del Estado con las que se cometen actualmente por particulares es la impunidad.

Es de suma importancia que los espacios de vinculación social, como lo son las universidades y centros de estudios –en este caso la Academia Interamericana de Derechos Humanos– se estén interesando por investigar estos fenómenos delictivos que siguen acechando a la sociedad. La reflexión continua, la creación conjunta y las soluciones acordadas serán siempre una vía para mantener el tema de los crímenes de Estado en la agenda de la búsqueda de justicia. Si la criminalidad estatal y social ha abierto heridas, también se han podido agrietar las estructuras desde las diversas manifestaciones de resistencia. La exigencia de derechos es, en ese sentido, una forma de resistir.

En el presente texto, se tratará el tema del derecho a la educación para las personas familiares de víctimas de desaparición forzada. Para ello habría que acercarse a su contextualización así como comprender los alcances y contenidos de dos derechos humanos específicos: la reparación y la educación. Con base en los marcos jurídicos aplicables así como la exploración de las formas en las que estos derechos se pueden encontrar en el plano de la justicia accesible en México, se proponen elementos de análisis y cuestionamiento para abonar a la construcción crítica dentro de una sociedad que va moldeando las estructuras de su país.

En un primer momento se hablará de la configuración jurídica de la desaparición forzada, para después delinear aspectos de la reparación del daño. Posteriormente se abordará el tema de la educación, en tanto su provisión como reparación así como la forma en la que está concebida en México, sobre todo de forma institucional pero también provocando reflexiones sobre otras formas de obtener educación.

II. La desaparición de personas y su triple dimensión jurídica

La desaparición forzada tiene tres dimensiones: a la vez representa un delito, una violación de derechos humanos y un crimen de lesa humanidad. En el caso mexicano se puede decir que el tra-

tamiento de este fenómeno en alguna de sus dimensiones depende de las formas de su comisión, el contexto y la causa de su práctica.

En su primera dimensión, como delito, es necesario hacer un oportuno apunte: en fecha reciente, el 17 de noviembre de 2017, fue promulgada la Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas (LGDFP)[1], misma que no solamente plasma la desaparición forzada de personas –extrayendo su tipificación del artículo 215 –A del Código Penal Federal– sino que también crea el delito de desaparición cometida por particulares. A este último, se le da este carácter de nueva figura delictiva en tanto que no es secuestro, privación de la libertad (en cualquiera de sus modalidades), trata de personas, ni algún otro delito análogo.

El delito de desaparición por particulares responde más bien a la necesidad de reconocer que grupos criminales o de la delincuencia organizada han puesto en práctica las tácticas que ha cometido el Estado mexicano, sobre todo desde décadas pasadas en contra de disidentes, teniendo como objetivo en todo momento el ocultamiento del paradero e información de una persona. Al estar ambos delitos en una ley general especial, los operadores y las víctimas podrían y deberían de emplear y acceder a todas las medidas de atención,

[1] Dicha ley es producto de una larga travesía legislativa: desde 2003 se presentó sin que fuera discutida la primera iniciativa en el Congreso de la Unión por parte del entonces diputado federal Abdallán Guzmán Cruz, hijo y hermano de cinco personas desaparecidas entre 1974 y 1976. El andamiaje de la reciente ley aprobada en noviembre de 2017 comenzó el 10 de diciembre de 2015 cuando fue presentada en calidad de iniciativa por el Presidente de la República. En torno a este proceso y a la búsqueda de sus familiares, se formó el Movimiento Nacional por Nuestros Desaparecidos en México (MNDM) que, junto con un amplio grupo de organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, participó en diversas consultas y reuniones con legisladores a fin de exigir la incorporación de los contenidos mínimos que debiera contener la ley. Para conocer el posicionamiento del MNDM sobre la ley consultar: Sin Las Familias No (2017): "Aprobación De La Ley De Desaparición Es El Primer Paso, Las Familias Exigimos Una Implementación Eficaz Y Nuestra Participación Durante Todo El Proceso", México, disponible en: http://sinlasfamiliasno.org/aprobacion-la-ley-desaparicion-primer-paso-las-familias-del-movimiento-desaparecidos-en-mexico-exigimos-una-implementacion-eficaz-nuestra-participacion-proc/ [Consultado el 28 de noviembre de 2017.]

investigación, sanción, reparación, prevención y registro que en el mismo ordenamiento se reconocen para dichos actos ilícitos.

Retornando a un breve aspecto de la historia de este delito, la primera desaparición forzada cometida en México, y de la que se tiene registro como política de contrainsurgencia, data de 1969 en el estado de Guerrero y fue perpetrada en contra del campesino Epifanio Avilés Rojas (Revista Proceso 1997); en ese entonces no existía aún tipificación del fenómeno de la desaparición forzada. Si bien hubiera podido ser jurídicamente viable investigar estos actos bajo el delito de privación ilegal de la libertad, algunos códigos penales de la época no contemplaban dentro de los elementos de ese delito la participación de servidores públicos[2], por lo que quedaba como un delito únicamente entre particulares y no atribuible al Estado. Esta anomalía del derecho permitió que muchas de las desapariciones cometidas durante la llamada *guerra sucia*[3] no fueran perseguidas e investigadas oportunamente, y mucho menos sancionadas. Es hasta junio del año 2001 cuando la desaparición forzada de personas se tipifica en el Código Penal Federal y posteriormente en algunos códigos penales en el país.

En todo caso en la reciente LGDFP la tipificación del delito desaparición forzada de personas quedó como "el servidor público o el particular que, con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un servidor público prive de la libertad en cualquier forma a una persona, seguida de la abstención o negativa a reconocer dicha privación de la libertad o a proporcionar la información sobre la misma o su suerte, destino o paradero." Lo anterior además de

[2] Como el caso del Código Penal del Estado de Sinaloa vigente en la década de los años setenta, en su artículo 364 sobre la privación ilegal de la libertad vigente en 1977.

[3] Período de la historia mexicana que hace referencia a los crímenes cometidos por el Estado mexicano en contra de opositores políticos, militantes de grupos guerrilleros, comunidad estudiantil así como personas familiares de estas personas, durante los años comprendidos aproximadamente entre 1967 y 1982. Aunque también este período se le conoce como de crímenes de Estado, terrorismo de Estado o guerra de baja intensidad, el término más utilizado ha sido *guerra sucia*.

contemplar algunos otros delitos vinculados con la complicidad o la omisión de las investigaciones.

En tanto que –según el artículo 34 de la misma LGDFP– el delito de desaparición cometida por particulares existe cuando se prive "de la libertad a una persona con la finalidad de ocultar a la víctima o su suerte o paradero." Como es evidente, el elemento esencial en ambos tipos es el ocultamiento de la víctima sin solicitar algún tipo de petición pecuniaria o en especie de por medio.

Una segunda dimensión de este fenómeno de la desaparición, se refiere a que consiste en una violación *grave* de derechos humanos. Una violación de derechos humanos es aquella en la que el Estado es responsable, en cualquiera de sus formas, de la afectación a sus ciudadanos conforme los derechos que debía de proteger. En ese sentido, las corrientes *derechohumanistas* han tenido debates sobre si existen prioridades de derechos. No es interés ahora cavilar sobre cuál o cuáles son los derechos humanos que *valen má*s que otros; no obstante, es considerable que la teoría de las generaciones de derechos también devela la interconexión entre los mismos y que unos no pueden ser ejercidos ni exigidos si otros derechos son igualmente vulnerados. Por ello, es posible afirmar que la vida, la libertad y la integridad personal han constituido derechos básicos cuya existencia y respeto hacen posible la existencia de otros derechos humanos.

La gravedad de la transgresión al ser humano, por otra parte, no estará ligada necesariamente a un derecho sino a las características del fenómeno. Esto da amplio margen para que inclusive, violaciones a los derechos humanos que no sean las que normalmente se han catalogado como graves puedan también serlo. En este sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), ha establecido que:

> "[…] la 'gravedad' radica, esencialmente, en que se presenten las siguientes características: multiplicidad de violaciones comprendidas dentro del fenómeno delictivo; especial magnitud de las violaciones en relación a la naturaleza de los derechos afectados; y una participación

> importante del Estado, al ser los actos cometidos por agentes estatales o con la aquiescencia, tolerancia o apoyo del Estado." (Primera Sala de la SCJN, "*Violaciones graves a derechos humanos. Su concepto para efectos del derecho de acceso a la información de la averiguación previa que las investiga*". Febrero de 2012).

Los elementos de multiplicidad, magnitud y participación estatal, a los que hace alusión el máximo tribunal mexicano, se encuentran configurados dentro de la desaparición forzada. En cuanto a la multiplicidad de violaciones es necesario recalcar que al desaparecer a una persona se viola el derecho a la vida, a la libertad, a la integridad personal, a la información, al libre desarrollo de la personalidad, derechos de información, entre otros. En la desaparición también existe la magnitud en cuanto a que esa violación de derechos humanos representa una extirpación del núcleo vital en sus dimensiones personal, social, familiar y humana, además de que, ligada con el tercer punto respecto a la participación del Estado, es una violación que se comete por parte de quienes tienen la obligación de proteger y garantizar los derechos humanos de las personas.

De cualquier forma, es necesario afirmar que la desaparición forzada de personas constituye una violación grave de derechos humanos. La desaparición por particulares, en cambio, al ser un delito que se comete en un primer momento por personas ajenas al Estado, el vínculo con la responsabilidad estatal deviene en el momento de la ausencia de investigación del delito, lo cual, atendiendo nuevamente a los criterios de la SCJN, podrían generar el elemento de gravedad. La discusión sobre si el acto material de una desaparición por particulares es a la vez una violación de derechos humanos se encuentra en continua reflexión y construcción, aunque también es reconocida la participación estatal al menos por la omisión de proveer el derecho a la seguridad humana así como a la seguridad jurídica y debido proceso, por decir algunos.

Finalmente, la tercera dimensión de la desaparición forzada es que ésta puede constituir un crimen de lesa humanidad. Estos han sido establecidos en el artículo 7 del Estatuto de Roma entendiéndo-

los como los actos –tales como el asesinato, la tortura, el exterminio, la esclavitud, la deportación forzada, crímenes de carácter sexual, el apartheid, y propiamente la desaparición forzada– cometidos *como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque*.

Si bien, la comunidad internacional ha enfocado sus observaciones a la comisión de crímenes de lesa humanidad en estados abiertamente reconocidos como *fallidos*, lo que ha acontecido en México en algunos períodos de la historia bien pueden calificarse como crímenes de lesa humanidad. Así también lo han hecho saber desde el ámbito ministerial y judicial dos instituciones del Estado mexicano: en primer lugar, la Procuraduría General de la República (Pgr) que a través de la Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado (Femospp) concluyó en su Informe Histórico a la Sociedad Mexicana que:

> "El combate que el régimen autoritario emprendió en contra de estos grupos nacionales —que se organizaron en los movimientos estudiantiles, y en la insurgencia popular— se salió del marco legal e incurrió en crímenes de lesa humanidad y violaciones al Derecho Humanitario Internacional, que culminaron en masacres, desapariciones forzadas, tortura sistemática, y genocidio (…)" (Femospp 2006: 8).

Y en un segundo momento, el Poder Judicial de la Federación, en el amparo contra el no ejercicio de la acción penal en el caso de la desaparición forzada de Martha Alicia Camacho Loayza, concluyó que:

> "[…] las denuncias realizadas ante la Fiscalía Especializada para la Atención de Hechos Probablemente Constitutivos de Delitos Federales Cometidos Directa o Indirectamente por Servidores Públicos en contra de Personas Vinculadas con Movimientos Sociales y Políticos del Pasado, constituyen presuntivamente delitos de LESA HUMANIDAD tales como asesinato y desaparición forzada de personas […]". (Juzgado Octavo de Distrito de Amparo en Materia Penal en el Distrito Federal, *Sentencia de amparo indirecto 227/2013*: 90).

Ambas conclusiones constituyen reconocimientos, quizá parciales pero no por ello menos contundentes, por parte del Estado mexicano de que en México han existido crímenes de lesa humanidad y, sobre todo, considerando la desaparición forzada de personas como una de estas.

Una vez definido el marco de producción de esta desaparición forzada de personas, en tanto delito, violación de derechos humanos y crimen de lesa humanidad, toca enfocarnos a los derechos específicos de protección para las víctimas *indirectas* de este delito o bien, *directas* si el delito es consumado. Nos referimos al derecho a la reparación y a la educación.

III. El acceso a la reparación y medidas para familiares de personas desaparecidas

Cuando exista una violación a los derechos humanos es obligación del Estado reparar a las víctimas por ello. Este deber proviene de un amplio marco normativo que comienza en el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su tercer párrafo: "el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley." Además, en el primer párrafo del artículo 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Cadh) también existe esta obligación y se corrobora en el artículo primero de la Ley General de Víctimas (Lgv).

En la citada y reciente Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas (Lgdfp) se dispone que el derecho a solicitar la reparación es imprescriptible y se deben considerar las "medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y medidas de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica" (artículo 150). Esto en concordancia con la propia ley de víctimas así como los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos (en adelante Corte IDH) que a lo largo de su historia han podido reivindicar la idea de una reparación integral, diferenciándola de la solitaria indemnización pecuniaria.

La desaparición forzada es un delito que, al tener como elemento principal el ocultamiento de la persona así como de su suerte o paradero, provoca que cualquier tipo de mecanismo o herramienta de protección –si fuera efectiva– sería también indirecta; es decir, la persona víctima no puede ejercer sus derechos en tanto está desaparecida, a diferencia de otras víctimas de violaciones graves de derechos humanos como en el caso de la tortura. No obstante, el concepto de víctima también ha sido desarrollado para denominarles de esa manera a otras personas afectadas, generalmente del núcleo más cercano pero también aquellas dependientes de la víctima principal.

Por ello, la propia LGV contempla en la fracción XIX de su artículo 6 que la víctima es toda aquella "persona física que directa o indirectamente ha sufrido daño o el menoscabo de sus derechos producto de una violación de derechos humanos o de la comisión de un delito". En ese sentido, los familiares de la persona desaparecida son también víctimas, independientemente de si se les reconozca como directas o indirectas ya que, de igual manera, sufren una afectación en sus derechos humanos.

Reservando la posibilidad de reparación a la persona que ha resentido en su individualidad la desaparición, es decir, la persona desaparecida en el caso de que fuera encontrada con vida, es necesario saber que los familiares tienen el derecho de acceder a diferentes medidas desde el momento en que se reconozca la violación de derechos humanos. En ese sentido, habría que distinguir entre los conceptos de reparación integral, las medidas de atención y asistencia otros tipos de compensación.

La reparación integral debe tender, según jurisprudencia de la SCJN, a "anular todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que debió haber existido con toda probabilidad" y en

el caso de que no fuera posible regresar a ese estado procedería "el pago de una indemnización justa como medida resarcitoria por los daños ocasionados, lo cual no debe generar una ganancia a la víctima, sino que se le otorgue un resarcimiento adecuado". (Primera Sala de la Scjn, "*Derecho fundamental a la educación básica. Tiene una dimensión subjetiva como derecho individual y una dimensión social o institucional, por su conexión con la autonomía personal y el funcionamiento de una sociedad democrática.*" Diciembre de 2016). La forma de reparar será a través de la restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y medidas de no repetición, según el artículo 26 de la Ley General de Víctimas y aplica una vez que se ha determinado que ha existido una violación a los derechos humanos, en este caso también constitutiva de delito por tratarse una desaparición.

Por su parte, la Lgv contempla que también existen medidas de ayuda inmediata, alojamiento y alimentación, traslado, protección, asesoría jurídica y de asistencia y atención que a su vez comprenden las económicas y de desarrollo, así como de procuración y administración de justicia. Estas medidas están sobre todo enfocadas a que puedan ser empleadas durante el transcurso de las investigaciones y procesos judiciales a fin de que las personas víctimas pudieran tener mejores condiciones para llevar a cabo la defensa de sus derechos. Por ejemplo, si un caso de desaparición forzada cometida en Sinaloa se encuentra en el ámbito federal investigado por la Fiscalía Especializada de Búsqueda de Personas Desaparecidas (Febpd) con sede en la Ciudad de México, la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (Ceav) debe de otorgar todo lo necesario para el traslado, alimentación y alojamiento de los familiares que tengan que acudir a una diligencia específica.

Finalmente, por otras formas de compensación, nos referimos específicamente a las que se pueden obtener por la vía penal, civil o administrativa, en su caso. Esto significa que, llegado el momento de que un presunto perpetrador sea debidamente investigado, procesado y finalmente condenado por el delito de desaparición forzada, este debería pagar a las víctimas una cantidad monetaria

por concepto de reparación de daño. Sin embargo, con la continua historia de impunidad que ha persistido en México por los crímenes de Estado, y en específico por la desaparición forzada de personas, este escenario de reparación es por desgracia el menos habitual, además de que sólo atendería a medidas pecuniarias.

En el artículo 139 de la aún no vigente LGDFPDP, se detalla específicamente que "los Familiares, a partir del momento en que tengan conocimiento de la desaparición, y lo hagan del conocimiento de la autoridad competente, pueden solicitar y tienen derecho a recibir de inmediato y sin restricción alguna, las medidas de ayuda, asistencia y atención" a las que hace referencia la LGV. Es decir, no se tiene que esperar a que exista una sentencia firme, con carácter de cosa juzgada para que se den ciertas medidas que, en otro momento, también pueden ser parte de la reparación integral por violaciones a los derechos humanos.

La CEAV, otrora "PROVÍCTIMA", es un organismo público descentralizado con autonomía técnica y de gestión. Es quien coordina el Sistema Nacional de Atención a Víctimas de delitos federales –de alto impacto o *graves*, aunque en su normativa no se mencione como tal– y violaciones a los derechos humanos. Es, por consiguiente la institución directamente encargada de proporcionar algunas de las medidas que ya han sido mencionadas en este escrito. Para ello, han establecido también las reglas de operación para el funcionamiento del Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación integral.[4]

Dentro de sus procedimientos, que suelen variar para cada situación específica, se necesita que la persona víctima llene el Formato Único de Declaración (FUD), que es el instrumento inicial por el que se da entrada a solicitar el reconocimiento del carácter de *víctima* dentro del ordenamiento jurídico. Es decir, una persona puede ser víctima de una violación a los derechos humanos, pero corresponde a la Comisión Ejecutiva otorgar este carácter[5] para así

[4] Estos lineamientos, con su última modificación de 10 de agosto de 2017, pueden ser consultados en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5493417&fecha=10/08/2017

[5] Mismo que, según el artículo 101 de la Ley General de Víctimas, no requiere

después incorporarla en el Registro Nacional de Víctimas (Renavi) y poder acceder a los derechos que otorga la LGV. Esta ley además estipula que se tiene que brindar atención inmediata en especial en materia de salud, educación y asistencia social. Independientemente del momento histórico y procesal en el que se encuentren, estos derechos deben ser garantizados.

Por último, es necesario comentar que la Lgv contempla una gran cantidad de derechos, producto de la reunión de muchas de las mejores prácticas que se pueden encontrar en diversas convenciones, jurisprudencias y sentencias como las que provienen del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Pero si bien, la Lgv y todas las normativas circundantes a ellas representan un muy buen esfuerzo, estas siguen siendo leyes, y las leyes no caminan solas, y menos aún en un país acostumbrado a firmar, ratificar e implementar legislativamente muchas disposiciones en favor de los derechos humanos, pero que en la práctica no son debidamente invocadas, respetadas o bien aplicadas.

A continuación el enfoque será puesto sobre el derecho a la educación, ya sea como una forma de reparación y obtenida a través de una reparación de violación a los derechos humanos, o bien como una medida específica para las víctimas.

IV. El derecho a la educación tras la desaparición de un familiar

Una vez establecida la obligación estatal de reparar, el aspecto educativo es una de sus formas. La Ley General de Víctimas especifica en su artículo 51 que "la víctima o sus familiares tendrán el derecho de recibir becas completas de estudio en instituciones públicas, como mínimo hasta la educación media superior para

más valoración cuando el carácter de víctima haya sido asentado ya en alguna sentencia o resolución judicial, ministerio público, resoluciones de organismos públicos de derechos humanos como la Cndh y las estatales, así como de algún organismo internacional como es el caso de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

sí o los dependientes que lo requieran", además de que el Estado deberá de proveer "a los niños, niñas y adolescentes víctimas, los respectivos paquetes escolares y uniformes para garantizar las condiciones dignas y su permanencia en el sistema educativo", según el artículo 52.

De la misma manera, la Ley General de Víctimas estipula en el artículo 47 que si se interrumpen los estudios la educación es una medida de reparación, por lo mismo, no debe de existir ninguna divergencia en entender que la educación, además de un derecho, es una reparación. Sin embargo, es cuestionable el hecho de que la educación como forma de reparación sea para los niños, niñas y adolescentes víctimas, ya que probablemente existan personas que no estén en este grupo que también deseen como una medida de reparación la educación. Esto último puede ser sobre todo en el sentido de que para la realización y el desarrollo personal una persona víctima observe en la educación una forma de superarse dentro de la sociedad en donde surgieron personalidades capaces de perpetrar violencia delictiva contra sus derechos humanos.

Por ejemplo, aquella persona que también para sobresalir del hecho *victimizante*, contemple el estudio como forma de compensar lo perdido o bien, incluso, de formarse para sostener también al núcleo familiar afectado. No obstante, esto último no está reconocido detalladamente en la LGV, aunque dicho ordenamiento sí contempla la aplicación de apoyos especiales considerando a las víctimas en su contexto, y garantiza que las víctimas "participen en los procesos de selección, admisión y matrícula que les permitan acceder a los programas académicos ofrecidos por estas instituciones, para lo cual incluirán medidas de exención del pago de formulario de inscripción y de derechos de grado", según el artículo 54.

Esto también tiene un sustento de parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que en distintos casos contenciosos observa la actitud del Estado para sufragar los gastos con relación a las becas de estudios superiores o universitarios en un centro de reconocida calidad académica, los gastos de ma-

nutención generados y algunos ajustes por otros tipos de gastos (Corte Idh, *Barrios Altos vs. Perú. Reparaciones y Costas*, 30 de noviembre de 2001: párr. 43). También lo relativo a útiles escolares y uniformes ha sido ordenado por el tribunal interamericano hacia los Estados violadores de derechos humanos como parte de reparación a las víctimas.[6]

Finalmente, es también oportuno señalar que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (Cndh) estableció que el Estado mexicano también debería de reparar otorgando educación, así como otros servicios médicos y de índole social y de vivienda (Cndh, *Recomendación 29/2001*: 3). Esto en lo relativo a todos los casos de desaparición forzada efectuada por el Estado mexicano en la ya mencionada época de la *guerra sucia*.

Entonces, por una parte está la obligación de dar educación pero también la de que por motivos del hecho *victimizante* ésta no se vea mermada. En ese sentido, es importante también que se tomen medidas para que la deserción de los estudios no sea un problema mayor tras la desaparición forzada. Es sabido que cuando se desaparece a una persona sus familiares se enfocan totalmente en la búsqueda de ella y de la justicia y por lo tanto las consecuencias que sufren por este hecho se traducen directamente en la afectación de sus estudios. Para ello, en el artículo 49 de la Ley General de Víctimas se estipula que se "otorgarán apoyos especiales a las escuelas que, por la particular condición de la asistencia y atención a víctimas, enfrenten mayor posibilidad de atrasos o deserciones, debiendo promover las acciones necesarias para compensar los problemas educativos derivados de dicha condición".

A continuación, para ahondar más en el sentido de la educación como un derecho, una medida o bien, una forma de reparación, se ubicarán tres aspectos específicos de la educación: contenido,

[6] Al respecto y para mayor abundamiento, se pueden consultar los siguientes cuatro casos contenciosos: 1) Corte Idh, *"Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay,* 2 septiembre 2004: 2) Corte Idh, *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, 8 septiembre 2005: párr. 244; 3) Corte Idh, *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, 25 noviembre 2005: párr. 281.

forma, así como su aplicación diversificada. Estos son elementos clave a tomar en cuenta cuando se realice una reparación integral por desaparición forzada o bien, se esté frente a alguna medida de atención por el carácter de víctimas.

1. *Contenido de la educación*

El derecho a la educación forma parte de los derechos sociales que han sido garantizados constitucionalmente y desarrollados a lo largo de la historia contemporánea en México. El artículo tercero constitucional estipula que la educación es un derecho para todas las personas y que además es el Estado quien está obligado a garantizarlo. En el mismo artículo menciona los principios generales en los que se basa la agenda programática de este derecho: "tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia".

Dentro del marco normativo aplicable a México, se encuentra el Protocolo de San Salvador[7] que forma parte del Sistema Interamericano. En su artículo segundo establece que toda persona tiene el derecho a la educación y que ésta:

> "[…] deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz."

Es de suma importancia señalar algunos aspectos tales como el *pluralismo ideológico* al que hace referencia, así como el de proveer

[7] Su nombre completo es *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, mismo que entró en vigor en 1999.

contenidos que estén de acuerdo con los derechos humanos y la democracia. Esto porque, como se verá más adelante, la educación misma es un derecho que está en constante proceso de *revitalización* y no puede estar sujeto a estructuras rígidas que lo controlen, como si se tratase únicamente de un derecho de difusión. En otras palabras, la educación es un derecho vivo que debe servir para adherirse a las necesidades básicas de los pueblos y no únicamente como un simple espacio de reproducción de ideas o creencias.

De la misma manera, el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (PIDESC), en su artículo 13, hace referencia al sentido de *sociedad libre* a través del desarrollo de la personalidad humana, que proviene de la educación. Si entonces la educación es un derecho encaminado a la realización personal dentro de una sociedad, ¿no es esta última la encargada también de orientar el sentido de la forma de educación? En ese sentido, la Primera Sala de la SCJN ha argumentado que:

> "[…] la existencia de personas educadas es una condición necesaria para el funcionamiento de una sociedad democrática, ya que la deliberación pública no puede llevarse a cabo sin una sociedad informada, vigilante, participativa, atenta a las cuestiones públicas y capaz de intervenir competentemente en la discusión democrática […]" (Primera Sala de la SCJN, "*Derecho fundamental a una reparación integral o justa indemnización. Su concepto y alcance.*" Abril de 2017).

Como es notable, la relación entre la educación y una sociedad deliberativa, en palabras del Máximo Tribunal mexicano, es tan intrínseca que es impensable dejar de lado la importancia que las formas de educar y los accesos a la educación tienen sobre la vida del país. Proveer una educación no significa el vaciamiento de conocimientos en las mentes de las personas sino la función como elemento *reconstitutivo* de una vida democrática y social desde donde también se podrá decir y aceptar cómo debe ser la educación.

No es menor que el concepto de democracia esté ligado a la educación y que en los pactos y convenios internacionales los Estados hayan decidido incluirlo como uno de sus principios. El

problema surge cuando existen diversas definiciones sociales de democracia y cuando estas no van encaminadas a la liberación de las sociedades, al menos en un sentido de pertenencia y oportunidad para seguir desarrollando los conceptos fundacionales de los pueblos y sus estados.

México, como ya se ha dicho, ha tenido una crisis profunda de derechos humanos. Si bien esta crisis ha sido más ampliamente documentada en la "guerra sucia", es posible decir que la impunidad ha abarcado una gran parte de la historia nacional y que desde 2006 se han disparado las cifras de ejecuciones, torturas y sobre todo, desapariciones forzadas. Estados de la República que no contaban con este fenómeno han tenido no sólo qué reconocer la problemática sino tratar de entenderla y afrontarla desde diversos campos del derecho. No obstante, al ser las desapariciones en la mayoría de los casos delitos cometidos o tolerados desde las mismas estructuras gubernamentales, estas reflejan un revés en el quehacer democrático del Estado y por ende, una afectación directa a la sociedad.

Si los estados han decidido, libre soberanamente, acoger las disposiciones de sus convenciones, sobre todo en lo que hace a una educación con total apego a los derechos humanos, no es entonces explicable formalmente por qué existen serios retrasos en materia de cultura de la legalidad y paz social. Aunque no es únicamente la educación la clave para la resolución de todos los problemas en el país, sí es uno de los pilares básicos para que los debates de ideas –aquel pluralismo ideológico al que se hace mención en el Pacto de San Salvador– puedan tomar espacio y forma en un marco de respeto y tolerancia.

Atendiendo esto último, en la Ley General de Víctimas se especifican algunas orientaciones sobre el contenido de la educación. El segundo párrafo del artículo 47 dice que "la educación deberá contar con enfoque transversal de género y diferencial, de inclusión social y con perspectiva de derechos." Así como está redactado, estas perspectivas debieran ser un lineamiento que produzca en un mediano plazo una transformación medular del contenido y

forma de otorgar educación. Sin embargo, al estar en una ley que especifica los derechos de las víctimas pero que no regula estructuralmente el sistema mexicano de educación, no tiene el mismo nivel de sujeción. Digamos que entonces para que esta estipulación sea producto evolutivo en materia pedagógica habría que tener una vinculación generalizada de víctimas con el derecho a la educación; o bien, también se podría tomar a la LGV como una exhortación para armonizar las normativas de las enseñanzas en el país a través de una buena armonización legislativa.

La Ley General de Educación (LGE), por su parte, incorpora también algunos principios de educación en su artículo 7, al señalar que se deberá "promover el valor de la justicia, de la observancia de la Ley y de la igualdad de los individuos ante ésta, propiciar la cultura de la legalidad, de la inclusión y la no discriminación, de la paz y la no violencia". Esto se encuentra en plena concordancia con los instrumentos internacionales anteriormente mencionados así como en la propia Ley General de Víctimas.

Se ha dicho aquí que es una obligación del Estado, como medida de reparación, otorgar una educación, pero es lógico que el Estado la dará en sus propios términos. Si bien el derecho a la educación persiste independientemente de que sea como una medida de reparación, la LGV contempla el concepto de *participación conjunta* por la cual las víctimas tienen derecho a colaborar en las medidas *para lograr superar su condición de vulnerabilidad*, según el artículo 5.

Entonces si las víctimas tienen derecho a participar de esa manera de educar desde ahí también se puede reflexionar sobre el cómo se podría lograr una real incidencia en los contenidos de educación. Para ello, resulta útil vincular este carácter participativo de las víctimas con los Consejos de participación que se establecen en la Ley General de Educación, en su artículo 68, para "fortalecer y elevar la calidad de la educación pública, así como ampliar la cobertura de los servicios educativos."

Sin que sea menester en este estudio analizar el funcionamiento específico de estos Consejos, lo cierto es que existe contundentemente la posibilidad de poder dirigir los conocimientos y las técnicas de aprendizaje para la realización fehaciente de algunos de sus objetivos, como lo son las siguientes facultades del Consejo de Participación:

> "d) Sensibilizará a la comunidad, mediante la divulgación de material que prevenga la comisión de delitos en agravio de las y los educandos. Así como también, de elementos que procuren la defensa de los derechos de las víctimas de tales delitos;
>
> […]
>
> l) Opinará en asuntos pedagógicos y en temas que permitan la salvaguarda del libre desarrollo de la personalidad, integridad y derechos humanos de las y los educandos;" (Artículo 68 de la LGE).

La desaparición forzada, en tanto fenómeno delictivo, es dable de integrarse a una agenda pedagógica de prevención, tal como lo enuncian estos objetivos. Esto además, en otro nivel, propiciaría un eficaz cumplimiento de lo que el artículo octavo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas dispone sobre vigilancia que los Estados tienen sobre la capacitación de sus funcionarios "encargados de la aplicación de la ley (para que) se imparta la educación necesaria sobre el delito de desaparición forzada de personas."

La prevención del delito se adhiere entonces a una política de educación que es necesaria de difundir, máxime que nos encontramos en un país con una tasa delictiva alta y que sólo el 9.2% de los delitos cometidos en México son debidamente denunciados (INEGI, 2015). En otras palabras, los perpetradores y las víctimas de desaparición forzada, así como los encargados de la procuración y administración de justicia, pasan –o deberían pasar– en algún momento de sus vidas por un sistema educativo que informe y reflexione sobre el contexto delictivo en México y que logre generar medidas claras para contrarrestar el alto impacto que hoy representa.

Sin embargo, por contextos de marginación económica o social muchas de las personas no logran acceder a una educación o bien, a una educación de calidad y mucho menos tendente a hacer valer los principios y perspectivas que el sistema educativo se ha comprometido a otorgar en materia de educación en y para los derechos humanos, sensibilización social, género, inclusión y tolerancia entre otros. Si bien no se puede en este momento tener un dato claro sobre si las personas perpetradoras del delito de desaparición forzada en México han ido a la escuela y han tenido algún tipo de formación de sensibilización, de acuerdo a cifras del Inegi en 2015 sólo el 44% de las personas entre 15 y 24 años habían asistido a un centro de educación (Inegi 2015).

Lo anterior significa que aún falta mucho por lograr en materia educativa. No obstante, es preciso señalar que hasta el momento tanto el Protocolo de San Salvador (artículo 13.3) así como la Convención de los Derechos del Niño (artículo 28) han establecido como obligatoria la enseñanza en nivel primario, tendiendo a la generalización de la instrucción secundaria y exhortando a la accesibilidad del nivel superior. Es decir, únicamente los estados firmantes se ven obligados a proveer la instrucción primaria, aunque en el caso particular de México, el artículo tercero constitucional categoriza de obligatoria la educación proveía por el Estado hasta el nivel medio superior.

Finalmente, es necesario reconocer que en el caso de los niños, sus "padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos" conforme a las normativas internas de cada país, según el artículo 13.4 del Protocolo de San Salvador. Así mismo, la Convención de los Derechos del Niño hace mención del carácter progresivo del ejercicio del derecho a la educación, significando que las políticas públicas en materia de educación, así como la buena calidad y acceso de la misma, deben de contemplar mejoras en sus condiciones para lograr la eficacia total de ese derecho.

2. *Aplicación diversificada de la educación*

Además del carácter de víctima que la desaparición convierte en las personas, hay que considerar que se deben de tomar en cuenta algunos factores y elementos *endógenos* de la persona, esto es, todo lo que existe en el interior de la persona y que reluce en un espacio social o colectivo. Es necesario reconocer que pese a la gran pluralidad de pueblos que tiene México así como la diversidad de los integrantes de su población, la discriminación e intolerancia persiste como un problema muy arraigado en la sociedad. En otras palabras, las y los mexicanos somos "una sociedad con intensas prácticas de exclusión, desprecio y discriminación hacia ciertos grupos" (Székely 2010) que, como dice el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, se perderá la completitud de la esencia nacional si se discrimina "por sexo, por discapacidad, por ser joven, niña o niño, persona adulta mayor; por origen étnico, por apariencia, por nacionalidad, por religión, por preferencia sexual, por ser migrante, o por ser trabajadora del hogar o por cualquier otra condición" (Conapred 2011).

Contemplando este piso de discriminación generalizada, la Lgv al observar las medidas educativas detalla en su artículo 47 que se debe:

> "[…] asegurar el acceso de las víctimas a la educación y promover su permanencia en el sistema educativo si como consecuencia del delito o de la violación a derechos humanos se interrumpen los estudios, para lo cual se tomarán medidas para superar esta condición provocada por el hecho victimizante, particularmente niñas, niños y adolescentes, mujeres, personas con discapacidad, migrantes, indígenas y personas en situación de desplazamiento interno."

Aquí, la Ley General de Víctimas realiza un reconocimiento específico a la condición de vulnerabilidad en las que son sometidas diversas personas integrantes de la sociedad. Cabe aclarar que no es que las personas sean *per se* vulnerables, sino que al situarse en un contexto de generalizada desigualdad y discriminación son transgredidas por la sociedad y el Estado en su conjunto.

Existen diversas disposiciones aplicables a México que consideran especificidades a tomar en cuenta cuando se imparta educación a personas pertenecientes a grupos que históricamente han sido vulnerados, como las personas con discapacidad. En ese sentido, el Protocolo de San Salvador considera en su artículo 3 inciso e) que "se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales". No obstante, esto también puede representar problemas al momento de ponerlo en marcha, toda vez que la *diferenciación* a veces se interpreta como una especie de segregación ocasionando, por consecuencia, una especie de discriminación.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) a su vez se basa en los principios de inclusión y no discriminación, y en su artículo 24, párrafo segundo, inciso *a* se dispone que las personas con discapacidad no deben quedar "excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad", pero además deberán prestar "el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva", según el inciso *d* del mismo párrafo.

Además, la educación deberá también ser facilitada en sistemas de aprendizaje "del Braille, la escritura alternativa, otros modos, medios y formatos de comunicación aumentativos o alternativos y habilidades de orientación y de movilidad" así como el de la lengua de señas, para discapacidades específicas, como lo indican los incisos *a* y *b* del tercer párrafo. Todo en aras de lograr "la participación plena y en igualdad de condiciones en la educación y como miembros de la comunidad".

Por lo tanto hablar de inclusión en el sistema educativo habrá que considerar las necesidades específicas de las personas con discapacidad para que puedan seguir reuniéndose en el entorno específico de su comunidad y no separarlas necesariamente para tener un tipo de educación diferenciada. En otras palabras, si el

derecho a la educación es generalizado e implica aportar conocimientos específicos para la tolerancia y la inclusión, resultaría contradictorio que por tener una condición de discapacidad se les excluyera a las personas del goce total de este derecho en conjunto con su sociedad.

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Onu estableció que "la educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados" (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Onu, *Observación General 13, 2001*, *artículo 13:* párr. 6). Y de la misma manera el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que "los métodos pedagógicos deben adaptarse a las distintas necesidades de los distintos niños" (Comité de Derechos del Niño, *Observación General 1, Propósitos de la educación*, *1999*: párr. 9). Ambos criterios fueron utilizados en el caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el caso de la expulsión de una persona con Vih de una escuela.[8]

De la misma forma, la Ley General de Educación establece en su artículo 41 el concepto de "educación especial" –término que no es incluyente– con relación a las personas con discapacidad. Identifica en su segundo párrafo que se favorecerá la atención a estas personas dentro de los planteles de educación básica pero pudiendo acceder a otras modalidades para atender las necesidades específicas. El elemento de los *ajustes razonables* está también presente en dicho artículo a fin de que se realicen las "modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida (…) para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales", según la definición que otorga el artículo 2 de la Cdpd.

[8] Dicho caso, no obstante, presenta una complejidad al considerar a la niña con Vih como una persona con discapacidad, pero para efectos de este texto se utiliza el criterio de la Corte Idh por la jurisprudencia producida y aplicable a casos de educación.

Establecido lo anterior, no debiera existir restricción alguna para que la educación que sea otorgada a personas con discapacidad no observe los principios de inclusión y no discriminación que deben prevalecer en aras de fortalecer el pluralismo ideológico, el sentido democrático a fin de lograr una sociedad más deliberativa.

Por otra parte, hay que también hacer referencia a la educación que se otorga a las personas y comunidades indígenas en México. Estos pueblos han sido históricamente golpeados por la ola colonial *quincentenaria* continuada por la represión actual dosificada por parte del Estado mexicano. Aunque en la historia reciente no ha sido intención de los pueblos indígenas en México lograr una especie de independencia territorial y poblacional, sí lo es lograr el pleno e irrestricto derecho a la autodeterminación y autonomía, mismo que está reconocido en el artículo segundo de la Constitución mexicana.

Que exista autodeterminación y autonomía significa que los propios pueblos indígenas y originarios tienen no sólo la capacidad jurídica, sino el derecho de regir el destino de su proyecto como pueblo y de incorporarse en sus propios términos a la dinámica del Estado mexicano. Para ello, hay que recordar que, a diferencia de los estados federados, los pueblos indígenas no han decidido libre y voluntariamente su suerte dentro de historia de lo que hoy es México, sino que provienen de historias de conquista e imposición que han determinado también parte del rumbo de sus vidas. La educación, en ese sentido, representa una política desarrollada y evolucionada pero también proveniente de una imposición histórica a través de sus formas.

En la historia reciente, y como ya se dijo con antelación, la *guerra sucia* representó un periodo de crímenes de lesa humanidad, entre otros factores, por la sistematicidad de la desaparición forzada. Las comunidades indígenas no fueron la excepción en la victimización de aquella época y, por ejemplo, en la comunidad indígena de Atoyac de Álvarez, en el estado de Guerrero, se han

llegado a contabilizar más de 300 desapariciones forzadas en ese período (Revista Proceso 2008).

El embate contra los pueblos indígenas, sobre todo proporcionado por elementos de las fuerzas armadas, no ha cesado con la marcha del tiempo. Como se ha dicho, la impunidad ha hecho posible no sólo que las personas no accedan a la verdadera justicia o reparación, sino que además el fenómeno de la desaparición forzada, junto con otros crímenes de Estado, sigue estando presente. Como ejemplo, en el caso de la tortura sexual cometida contra una mujer indígena *mepha'a* llegó a sentencia de la Corte IDH que, en sus puntos resolutivos, también ordenó un interesante criterio sobre reparación con relación al derecho a la educación en su afán de reintegrar a la víctima en su "espacio vital y de identificación cultural":

> "[…] este Tribunal considera pertinente como medida de reparación que el Estado facilite los recursos necesarios para que la comunidad indígena *me'phaa* de Barranca Tecoani establezca un centro comunitario, que se constituya como centro de la mujer, en el que se desarrollen actividades educativas en derechos humanos y derechos de la mujer, bajo responsabilidad y gestión de las mujeres de la comunidad, incluida la señora Fernández Ortega si así lo desea. El Estado debe facilitar que sus instituciones y organizaciones de la sociedad civil especializadas en derechos humanos y género brinden asistencia en las acciones de capacitación comunitaria, las cuales deberán adecuarse a la cosmovisión de la comunidad indígena." (Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, 30 agosto 2010: párr. 267).

Así es como entonces se entiende que la educación, como parte de un proceso de reparación, se expande más allá de la impartición de los niveles primario y secundario, a fin de que también se logre tener un conocimiento dinámico y plural que necesita la comunidad. Por ello, la instauración de un centro comunitario enfocado a políticas de género no sólo va en el sentido de lo que se ha dicho en la Ley General de Víctimas sino en concordancia con una buena interpretación de la Ley de Educación, sobre todo en sus artículos

33 y 41 al considerar la perspectiva de género dentro del desarrollo de sus programas pedagógicos.

Finalmente, cabe hacer mención que México, como país pluricultural –aunque en los hechos es un país plurinacional– tiene no sólo la obligación sino también la necesidad de implementar políticas educativas considerando la amplia diversidad que representan los integrantes de la gran generalidad social del país. No es a través de los folclorismos televisivos o la publicidad del gobierno como se logra tener una real vida de interculturalidad, sino reconociendo el pluralismo ideológico y jurídico de los pueblos a fin de que tengan una directa participación en la vida nacional.

Pese a lo anterior, será quizá únicamente a nivel penal y probablemente agrario –y sin que estén aun mínimamente consolidados– en donde se reconoce más la participación de los pueblos indígenas dentro de las políticas normativas. En ese sentido, la "evidencia de que sea en el ámbito penal donde más se legisla y se intentan aplicar las normas para los pueblos indígenas (y no en el fiscal, mercantil o civil […]) dice mucho del espacio que la sociedad mexicana les reserva a los descendientes de los pueblos originarios" (Escalante 2015).

Esto viene a colación ya que los pueblos indígenas han tenido también formas tradicionales de ejercer la educación. Las escuelas para las comunidades indígenas, cuando han llegado, suelen otorgar la educación sin considerar los elementos específicos de la cultura, menos aún su contexto específico en relación con el tiempo y espacio. Más aún, no existe una correlación entre la educación otorgada con el mejoramiento de las condiciones de vida de los habitantes, así que no es posible aseverar que la educación proveída desde el Estado para las comunidades indígenas se encuentra en un intrínseco respeto a los principios y disposiciones de pluralismo ideológico, calidad e integración de una sociedad democrática y deliberativa, como hemos visto que son los elementos aparejados a la educación.

Si bien en el nivel superior existen las Universidades Interculturales[9], ese esquema no se repite en los otros niveles de educación básica o media superior de las comunidades indígenas del país. Además, es preciso señalar que aunque muchos de estos centros educativos cuentan con maestras y maestros bilingües, los materiales pedagógicos se encuentran en idioma castellano para la mayoría de las lenguas indígenas.

En otra serie de complicaciones, también existen medidas adicionales a las únicamente de carácter pedagógico que también debieran ser cumplidas para garantizar el derecho a la educación. Por ejemplo, en el mismo caso referido de tortura sexual fallado por la Corte Idh contra el Estado mexicano, el órgano interamericano amplió las reparaciones de carácter educativo para personas miembros de la comunidad al también otorgar específicas medidas de "alojamiento y alimentación adecuadas, de manera que puedan continuar recibiendo educación en las instituciones a las que asisten" (Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, 30 agosto 2010: párr. 270).

Esta situación también aplica totalmente a la población migrante cuando sean víctimas de violaciones a los derechos humanos en un determinado Estado. Al respecto en otro fallo de la Corte Interamericana contra la República Dominicana se estableció que es obligación del Estado "garantizar el acceso a la educación primaria y gratuita de todos los niños, independientemente de su ascendencia u origen, que se deriva de la especial protección que se debe brindar a los niños." (Corte Idh, *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, 8 septiembre 2005: párrafo 244, inciso d). Por consiguiente no debiera aquí existir ningún impedimento para que en un caso específico, personas migrantes puedan adquirir estos

[9] Estas universidades se encuentran adheridas a la Coordinación General de Educación Intercultural y Bilingüe (Cgeib) de la Secretaría de Educación Pública (Sep). Actualmente existen 12 planteles con este tipo de educación en el país. En opinión del autor y con base en las visitas a algunos de estos planteles, la sola existencia de las mismas no garantiza la incorporación de la perspectiva intercultural en la educación impartida a las y los estudiantes.

derechos en el Estado perpetrador o bien, explorar medidas alternativas de educación en el propio país de origen. Sin duda es una reflexión que merece ser discutida más en el campo jurídico de los derechos humanos.

Finalmente cabe señalar que todas las acciones para proveer educación, ya sean como medidas de atención o de reparación integral, deben estar garantizadas para todas las personas, siendo un principio básico la escucha también de las necesidades específicas que se requieran. Esto, a fin de no *revictimizar* y no propiciar condiciones que faciliten la discriminación, la exclusión o la intolerancia.

Quedándonos con la importancia del cuestionamiento sobre la forma de proveer educación, con relación a la cosmovisión indígena adecuada, es importante también reflexionar acerca de las formas específicas por las que se otorga la educación, sin quitar la obligación central que le corresponde al Estado de garantizarla.

3. *Formas de proveer educación*

Por formas de proveer educación se pretende repasar el proceso por el cual persiste el sistema educativo que se tiene y cuestionar si es posible algún otro esquema de educación. Como se señaló anteriormente, si el Estado tiene la obligación de proveer educación, es lógico que lo haga dentro de sus términos. Pero si también, como se ha dicho, la sociedad mexicana está compuesta de una amplia gama de diversidad de pueblos e idiosincrasias, la forma de validar el conocimiento de la educación entonces podría darse también contando una pluralidad de formas.

De acuerdo a distintos espacios de reflexión[10], se puede concebir la educación de una manera formal, informal o no formal. La educación formal es aquella que es institucionalizada y tiene un objetivo específico de educar. Aquí se encuentran las escuelas –públicas o privadas– así como cualquier centro de estudio; existe

[10] En este caso, nos referimos al Taller Nacional de Educación en Derechos Humanos organizado por el área de Educación del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez (Centro Prodh), en agosto de 2013.

además una intención directa de educar y una institucionalización de esa educación.

Por otro lado existe la educación informal, misma que se refiere a la que acontece *en la calle* y que nos produce conocimiento específico. Esta se encuentra implícita en la vida diaria y no existe necesariamente una intención de educar; aquí estaría, por ejemplo, la conclusión de que un mal manejo de desechos produce una afectación directa a los sistemas pluviales y genera contaminación. Finalmente, la educación no formal tiene que ver con que no exista una institucionalización por parte del Estado mexicano pero sí existe una intencionalidad para proveer una educación, como lo son talleres específicos o círculos de reflexión. Al considerar estas diversas formas de educar, se encuentra aplicado el concepto de pluralismo ideológico dentro de la política de proveer educación.

El Estado tiene histórica y estructuralmente el monopolio de la validación del conocimiento. Es el mismo Estado quien al final certifica el grado de sapiencia de determinados temas a través del sistema educativo que ha impuesto, mismo que es de calificación, examen y posterior validación ante la Secretaría de Educación Pública (Sep). Con los años, este sistema se ha fortalecido en aras también de hacer frente a una competencia internacional, moldeando las pedagogías a las referidas y aparentes historias de éxito de las estructuras sobre la validación del conocimiento. No es el propósito ahora el rechazar o señalar únicamente los elementos negativos de la forma en la que el Estado entiende que debe proveer la educación, sino cuestionar la forma: ¿qué pasa cuando hay otras formas de educar y no necesariamente el Estado está de acuerdo pero se llega a la misma formación y conocimiento?

Común es escuchar en nuestro país descalificaciones basadas en la no calidad de profesiones o conocimiento por no encontrarse validados por el Estado. Tal es el caso, por ejemplo, del periodismo[11],

[11] Aquí cabe recordar el caso de Gustavo Ruiz Lizárraga, quien después de ser violentamente detenido no fue reconocido como fotoperiodista por parte de un juez, al no contar con título de periodista ni trabajar en algunos de los medios convencionales de comunicación; su defensa estuvo a cargo de la organización

la partería[12] o la medicina tradicional, la defensa de los derechos o cualquier otra profesión que también ostente conocimientos que no necesariamente se encuentren de los recintos universitarios.

Pero ante una realidad fáctica, es posible afirmar que no son menos las acciones de defensa jurídica que realiza un defensor de derechos humanos no titulado que un abogado; no es menor la labor periodística de una persona dedicada a la información que alguien que sí obtuvo un título específico en la materia; de la misma manera es igual de válido el trabajo desde el entendimiento y comprensión de la medicina tradicional que realizan personas dedicadas a la salud dentro de su cultura y cosmovisión propias de los pueblos que las de personas médicas estatalmente certificadas. Lo que acontece aquí es que se confronta precisamente la validación que tiene el Estado para educar monopólicamente –de manera directa o por concesión– ya que cuando existe una institucionalización de la validación del sistema educativo del Estado se pueden generar prácticas que no van encaminadas necesariamente al objetivo que mencionado anteriormente: la formación de una sociedad participativa, democrática y deliberativa.

Tampoco se propone la autovalidación personal como método de profesionalización en el campo social, pero al menos es opinión de este autor que es necesario realizar una reflexión sobre la validación del conocimiento por parte del Estado. Lo anterior porque el acceso a la educación en México, así como en muchos de los países de la región, no sólo no está garantizado en las leyes hasta el último nivel, sino que además quienes tratan de acceder al mismo deben de colocarse en una situación de competencia –cuando

Artículo 19. Más información puede ser consultada en: https://subversiones.org/archivos/15342

[12] También es ilustrador el caso de la organización oaxaqueña Nueve Lunas, quienes se dedican a la atención y promoción de mejores condiciones de salud y de parto con técnicas tradicionales indígenas. Al promover información relativa a la salud en su sitio web y diversos medios de comunicación, la Cofepris les ordenó retirar su campaña *Así sí, Así no* para evitar la violencia obstétrica y promover el parto humanizado, acusándolas de poner en riesgo las medidas de seguridad sanitaria. Más información en: https://brujaprendizbrujafeliz.wordpress.com/2015/07/15/censuran-campana-y-web-dedicada-a-promover-el-derecho-a-tener-un-parto-amoroso-libre-y-consciente/

no de privilegio– que implica pasar por una especie de cuello de botella en el que se solamente algunas cuantas personas podrán tener un efectivo acceso a la educación.

No obstante, los resultados promedio de la educación en México no son muy alentadores. Tan solo en 2016, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (Ocde) calificó a México en los últimos lugares en conocimientos de ciencias, lecturas y matemáticas (Ocde 2016), ubicándolo muy por debajo del promedio educativo. Así que tampoco es que el sistema educativo mexicano actual tenga todas las características de un sistema de éxito al que sólo algunas personas llegan, sino que, con las debidas excepciones, se puede afirmar que quien después de una severa lucha por un lugar accede a la educación en México tampoco tiene garantizada una educación de *calidad*; lo anterior, claro, bajo los propios parámetros de la Ocde.

El pluralismo de ideas no debe terminar únicamente bajo el sistema del Estado, sino que podría encaminarse a un cuerpo abierto a la recepción de todo tipo de conocimientos y formaciones encaminadas a ese objetivo. Existe en México la libertad de educar, pero así como en la vida democrática, los cambios de regímenes autoritarios hacia los que representan una apertura democrática no se logran resignándose a aceptar únicamente lo que se impone como válido, sino revitalizando su significado y sus formas. En la vida de las sociedades existe una dinámica continua de descomposición de las viejas sociedades hacia las nuevas sociedades: un proceso de transformación que también toca las estructuras.

Vale la pena además conocer los aportes del feminismo en la educación. Un texto de Claudia Korol expone la discrepancia de época: una desintegración de todo sentido en los sistemas, y una refundación de la forma en la que se tiene que emplear la pedagogía. Aquí, como en el feminismo, se busca una igualdad pedagógica:

> "La pedagogía planteada en nuestras búsquedas reúne en su metodología el diálogo, el estudio, las prácticas, la reflexión sobre las mismas, el juego, el deseo, el encuentro, el abrazo, la caricia. El análisis

> particular y el universal pueden encontrarse en un mismo proceso con la exploración de los sentidos y de los sentires. El saber académico dialoga con el saber popular. El intelectual del movimiento popular interactúa con el intelectual de la Academia. La ponencia se encuentra con la 'dicencia'". (Korol 2007: 20).

V. Conclusión

Recapitulando, el Estado es el que tiene que reparar violaciones a los derechos humanos, como la desaparición forzada. Tiene no solamente que investigar y sancionar el delito sino realizar todas las actividades encaminadas a que la víctima supere esa condición. Una de ellas es la referente a la educación.

La educación es un derecho universal y atendiendo a esa etimología, las Universidades –por hablar del nivel superior– son los lugares donde reside la pluralidad de conocimientos. Si existe el cuestionamiento acerca de si el sistema educativo mexicano es la única manera de proveer educación, es también porque probablemente no todas las universidades han permitido que los conocimientos quepan en sus adentros. Hay conocimientos que *sí caben* y otros que quedan al margen, y la información marginalizada va a encontrar la manera de reivindicarse, de visibilizarse.

Así como en los expedientes penales existe una versión oficial y versiones rechazadas desde el Estado. Respecto a las primeras historias documentadas de la desaparición forzada en México es dable decir que hoy en día el Informe de la Femospp al que se hizo referencia párrafos arriba está ampliamente testado, los nombres de las víctimas perpetradores, por ejemplo, se encuentran suprimidos en aparente respeto a la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados[13], y eso limita el conocimiento de la historia en el país sobre los hechos históricos que han dañado a la sociedad mexicana, como lo es la desaparición forzada.

[13] Aunque la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública contemple en su artículo 5 que: "No podrá clasificarse como reservada aquella

La no apertura de la información la limita, y provoca que mucho material se siga produciendo fuera de las vías estatales que, por consiguiente, lo tildará de *versiones no oficiales*, de *no verdades*, de *versiones aisladas*. Lo cierto es que en México ya existen ejemplos de cómo se puede lograr una educación dirigida y gestionada desde la sociedad, como son los casos de la Universidad de la Tierra (Unitierra) en Oaxaca o el Centro Indígena de Capacitación Integral Fray Bartolomé de Las Casas (Cideci) en Chiapas. Estos últimos también albergan no sólo producciones con metodología pedagógica apropiada para los pueblos indígenas sino que también han gozado de una amplia convocatoria para sus congresos, seminarios y cursos anuales. Son, en ese sentido, la educación *no formalizada*. Además, en México, el retraso educativo es también causado por la limitación de proveer una educación generalizada, misma que tiene un impacto directo en las condiciones de empobrecimiento y desigualdad que tenemos.

La educación como reparación también debería de incidir en la manera como ésta se lleva. Quienes son usualmente víctimas del delito de desaparición forzada en el país, sin absolutizar, son personas que persisten en condiciones marginalizadas socialmente y no tienen plenamente garantizado el derecho a la educación. ¿Por qué esperar entonces a la realización de un hecho victimizante, como la desaparición, para que el Estado garantice plenamente el derecho a educar? Si como se veía párrafos arriba el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Onu estableció "la educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados", ¿por qué no ha de empezar a producirse desde ya esta flexibilidad de la educación para un país tan golpeado por las violaciones a los derechos humanos de la población?

información que esté relacionada con violaciones graves a derechos humanos o delitos de lesa humanidad, de conformidad con el derecho nacional o los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte."

Los espacios educativos, de cualquier índole, representan la oportunidad de cuestionamiento, reflexión y propuesta para atender las necesidades de las sociedades. Hoy en día vemos cómo los familiares de personas desaparecidas son quienes realizan las búsquedas y por ello no sólo tienen que abandonar sus empleos sino en algunos casos también sus estudios o bien, otros dependientes familiares también se ven en esa situación. Ante ello, ¿qué se hace?

Hay que recordar el carácter de imprescriptibilidad que tiene la nueva Ley General de Desaparición Forzada de Personas y Desaparición Cometida por Particulares (LGDFP); aunado a eso, también es garantía imprescriptible solicitar la reparación del daño, en ese sentido no necesariamente se tiene que concluir el caso para solicitar las medidas específicas para las atenciones educativas, sobre todo si son directos niños o niñas familiares que estén siendo afectados. Lo anterior porque no hay que perder el entendimiento de que la desaparición forzada es un crimen de Estado y si este la comete e investiga, el camino a la sanción es complicado.

Quedan todavía algunas preguntas como: ¿hasta qué grado corresponde obligadamente al Estado educar a su población? Como medida de reparación en la Ley General de Víctimas ¿solamente son los niños, niñas y adolescentes quienes pueden acceder a esta forma de reparación? ¿Cuál es la manera más idónea de educar? ¿Cómo el Estado puede hacerse responsable de toda la cantidad de gente que no accede a una educación, ya no se diga de calidad? ¿Formas alternativas de validar la educación podrían contrarrestar el bajo nivel educativo que actualmente representa el país a nivel internacional? ¿Cómo se lleva a cabo la formación para la prevención del delito y la instauración de una cultura de legalidad y de paz? ¿Las y los docentes conocen la historia de la desaparición forzada y sus enseñanzas van encaminadas a su prevención? ¿Cómo se le debió educar al perpetrador de la desaparición? ¿Cómo se le proveerá educación a la persona desaparecida?

Bibliografía

Consejo Nacional Para Prevenir la Discriminación (Conapred) (2011): *Encuesta Nacional sobre Discriminación en México, Enadis 2010*, Conapred, México.

Escalante, Yuri (2015): *El Racismo Judicial en México*, Juan Pablos Editor, México.

Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado (Femospp) de la Procuraduría General de la República (2006): "Introducción", en *Informe histórico de la Sociedad Mexicana*, México, disponible en: http://nsarchive.gwu.edu/nsaebb/nsaebb209/informe/intro.pdf [Consultado el 29 de noviembre de 2017].

Instituto Nacional de Geografía y Estadística (Inegi) (2015): "Encuesta intercensal 2015", en *Instituto Nacional de Geografía y Estadística,* México, disponible en: http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/enchogares/especiales/intercensal/ [Consultado el 29 de noviembre de 2017].

Korol, Claudia (2007), *Hacia una pedagogía feminista*, El Colectivo, Argentina.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2016): "Singapur encabeza la última encuesta PISA sobre educación que realiza la OCDE a escala internacional", Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, disponible en: http://www.oecd.org/newsroom/singapur-encabeza-la-ultima-encuesta-pisa-sobre-educacion-que-realiza-la-ocde-a-escala-internacional.htm [Consultado el 29 de noviembre de 2017].

Revista Proceso (2008): "Culminar peritajes en Atoyac, exigen familiares de desaparecidos", en *Revista Proceso*, México, disponible en: http://www.proceso.com.mx/198958/culminar-peritajes-en-atoyac-exigen-familiares-de-desaparecidos [Consultado el 29 de noviembre de 2017].

Revista Proceso (1997): "Veinte años del Comité Eureka: los presidentes, los procuradores, los torturadores…", en *Revista Proceso*, México, disponible en: http://www.proceso.com.mx/175100/

veinte-anos-del-comite-eureka-los-presidentes-los-procuradores-los-torturadores [Consultado el 29 de noviembre de 2017].

Székely, Miguel (2010): "Un nuevo rostro en el espejo: percepciones sobre la discriminación y la cohesión social en México", en *Un nuevo rostro en el espejo: percepciones sobre la discriminación en México*, Fuentes, Mario Luis y Székely, Miguel (ed.), Centro de Estudios Espinosa Yglesias, A. C., México.

El derecho a la salud de las víctimas de desaparición forzada

The right to health of victims of enforced disappearance

Joaquín A. Mejía Rivera
Eric-Sj

Sumario: I. Los derechos humanos como parámetros de legitimidad. II. La naturaleza de los derechos sociales. III. El derecho a la salud a la luz de los estándares internacionales. 1. Obligaciones de carácter inmediato. 2. Obligación de no discriminación. 3. Obligación de progresividad. 4. Obligación de garantizar niveles esenciales. IV. El derecho a la salud en el marco de las desapariciones forzadas. V. Conclusión.

Resumen: La desaparición forzada es una violación múltiple, compleja, grave, pluriofensiva y continuada o permanente de derechos humanos, la cual tiene relación con el derecho a la salud en tres ámbitos: en cómo la carencia del goce del derecho a la salud aumenta la vulnerabilidad frente a las desapariciones forzadas; en el impacto de las desapariciones en el derecho a la salud de la persona desaparecida; y en el impacto de las desapariciones en el derecho a la salud de familiares y de otros dependientes de la persona desaparecida.

Abstract: Enforced disappearance is a multiple, complex, serious, multi-offensive and continuous or permanent violation of human rights, which has a relationship with the right to health in three areas: how lack of enjoyment of the right to health increases vulnerability to enforced disappearances; on the impact of disappearances on the right to health of the disappeared person; and on the impact of the disappearances on the right to health of the relatives or other dependants of the disappeared person.

Palabras clave: *Desaparición forzada, derecho a la salud, obligaciones estatales y derechos de los familiares.*

Keywords: *Enforced disappearance, right to health, States obligations and rights of relatives.*

I. Los derechos humanos como parámetros de legitimidad

Norberto Bobbio plantea que los derechos humanos "se han convertido 'en uno de los indicadores principales del progreso histórico'", sin cuyo reconocimiento y protección no puede haber democracia (Bobbio 1991: 14). En este sentido, en la cultura jurídico-política contemporánea los derechos humanos no pueden comprenderse sin su vinculación con la democracia y la existencia de un Estado de derecho, ya que entre ellos mantienen una relación tríadica que les permite a cada uno definirse, completarse y adquirir sentido en función de los otros (Corte Idh, *Opinión Consultiva Oc-8/1987: El Hábeas Corpus bajo suspensión de Garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*: párr. 26).

El Estado de derecho se caracteriza por ser un sistema político basado en la disciplina legal y en el monopolio estatal del uso de la fuerza, con el objetivo de suprimir o al menos disminuir la violencia en las relaciones interpersonales; y la democracia es caracterizada como una técnica de convivencia orientada a la solución no violenta de los conflictos. Por tanto, en un Estado democrático de derecho no debería existir otra violencia legal que aquella mínima necesaria para prevenir formas de violencia ilegales más graves y vejatorias (Ferrajoli 2000: 91-92).

De ello se desprende que el fin primordial del derecho es limitar y vincular al poder para garantizar la inviolabilidad de la dignidad humana, razón por la cual se ha sancionado en la mayoría de constituciones latinoamericanas: a) que todas y todos debemos estar sometidos a la Constitución y a las leyes (imperio de la ley); b) que la forma más adecuada de equilibrar la fuerza de los poderes públicos y evitar el absolutismo es mediante su división y control mutuo (separación de poderes); c) que las actuaciones de la administración pública deben ser acordes con la legalidad y sometidas a control judicial (legalidad de la administración); y d) que el res-

peto y realización de los derechos humanos son la garantía para la protección de la persona (Díaz 1998: 44).

La inclusión de los derechos humanos en las cartas constitucionales latinoamericanas ha permitido que se constituyan en elementos vinculantes que condicionan las decisiones adoptadas en el marco del proceso democrático, favoreciendo de esta forma la comprensión de la democracia como un régimen político que permite el desarrollo pacífico de las transformaciones sociales e institucionales. Así, la democracia legitima el cambio a través del disenso mediante la reducción de la violencia y la limitación del poder absoluto. Por ello es que la "democracia no es capaz de defenderse a sí misma salvo que incremente sus capacidades de reducir la injusticia y la violencia" (Touraine 1994: 132 y 136).

Así como la democracia garantiza las luchas por los derechos humanos, éstas garantizan a su vez la democracia; la primera ofrece a las otras los espacios y los instrumentos jurídicos, y las segundas aseguran a los derechos y a la democracia los instrumentos sociales de tutela efectiva y fomentan su desarrollo y su realización; y además, se constituyen en una forma de democracia política que se desarrolla paralelamente a la institucional y representativa, permitiendo que el debate público también salga de las paredes de los parlamentos, y que la participación de los titulares de los derechos se vuelva más directa. De esta manera se puede ejercer un mayor control de las decisiones parlamentarias para orientar a los poderes públicos a la plena satisfacción de todos los derechos humanos reconocidos constitucionalmente y en los tratados internacionales ratificados por los Estados (Ferrajoli 2004: 946-947).

Por tanto, el orden jurídico de una sociedad que se precie democrática sólo se realiza y justifica si garantiza las condiciones para el respeto y protección de los derechos humanos, ya que su protección es un propósito básico de dicho orden, y a su vez, "el ejercicio efectivo de la democracia contribuye decisivamente para la observancia y garantía de los derechos humanos, y la plena vigencia de éstos caracteriza en último análisis al Estado de Derecho"

(Cançado 1999: 20). En este sentido, el objetivo y la finalidad de todo Estado de derecho y de sus instituciones es lograr la garantía y plena efectividad de los derechos humanos, ya que los mismos representan el conjunto de valores más importantes de la sociedad y constituyen un elemento esencial del sistema de legitimidad.

Una de las tesis centrales del contractualismo contemporáneo es la creación de una organización social que es el Estado, con el fin de promover y proteger los valores y necesidades fundamentales de la comunidad, que una vez incluidas en las constituciones se constituyen en parámetros de legitimidad de todo el sistema político. Por ello, con la incorporación de los derechos humanos en una Constitución la actividad del Estado no se ve agotada en la garantía de una libertad formal, sino que busca la creación de un régimen que permita la satisfacción de esas necesidades básicas, lo cual "es condición de la convivencia civil y a la vez causa o razón social de ese artificio que es el Estado" (Ferrajoli 2001: 35-36).

De esta forma, las constituciones se constituyen en un sistema de reglas, formales y sustanciales cuyos destinatarios son los titulares del poder, por lo que no representan únicamente el complemento del Estado de derecho a través de la extensión del principio de legalidad a todos los poderes, sino que también son un programa político para el futuro (p. 171). Consecuentemente, se puede decir que se pasa de un concepto formal de Estado de derecho a uno material, ya que la Constitución no se restringe a establecer unos límites estatales frente a la libertad del individuo, sino que ordena la vida de la comunidad conforme a principios materiales para que la libertad de la persona tenga un contenido real (García 1982: 122-123).

En virtud de lo anterior, cambia la base de legitimación política del Estado pues éste no sólo tiene el deber de no empeorar las condiciones de vida de las personas bajo su jurisdicción, sino que también tiene el deber de mejorarlas mediante la garantía de los derechos humanos que expresan la protección de la persona frente al poder público, los intereses de los débiles frente a los más

fuertes, la tutela de las minorías marginadas o discrepantes frente a las mayorías, y los intereses de las mayorías marginadas y empobrecidas frente a una minoría que concentra el poder político y económico (Ferrajoli 2004: 862-864). La falta o abusiva limitación de los derechos humanos "favorece la implantación de un sistema político absolutista, arbitrario o totalitario" (Díaz 1998: 54-55).

A la luz de lo anterior, en los últimos años hemos presenciado un profundo proceso de deterioro de la seguridad ciudadana frente a lo cual la mayoría de los Estados de nuestra región se han deslizado hacia una *guerra sucia* contra las bandas criminales vinculadas al narcotráfico. Esto ha provocado una verdadera tragedia traducida en graves violaciones a derechos humanos cometidas por actores estatales y no estatales, particularmente desplazamientos, asesinatos y desapariciones forzadas.

En el caso de las desapariciones forzadas, que alcanza niveles intolerables en México y Colombia, por ejemplo, tiene un enorme impacto en derechos tales como la vivienda, la vida familiar, la propiedad, la seguridad social, la participación en la vida cultural, la educación, la salud, entre otros, sobre todo si la persona desaparecida es la única fuente de ingresos de la familia. Por ello es fundamental que en casos de desapariciones forzadas se establezca claramente cuál es el alcance de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos en general y del derecho a la salud en particular, que es "fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos" (Comité Desc, *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*: párr. 1). Este artículo pretende contribuir al respecto.

II. La naturaleza de los derechos sociales

Nadie discute que los derechos civiles y políticos tienen un valor considerable, pero ¿de qué sirve la libertad que promueven si está limitada, y en ocasiones anulada, por el analfabetismo, el hambre,

la enfermedad, la discriminación y la pobreza? Aunque estos derechos importan mucho, "las personas se verán restringidas en lo que pueden hacer con esa libertad si son pobres, están enfermas, son analfabetas o discriminadas" (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo [Pnud] 2005: 20-21). Frente a esta realidad, los derechos sociales se presentan como un medio para reducir las desigualdades y potenciar las capacidades del ser humano que le permita acceder a los recursos para disfrutar de un nivel de vida digno y participar activamente en la vida comunitaria, y en las decisiones políticas transcendentales (Mejía 2015: 28-29).

Sin embargo, pese a la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, persiste un discurso muy extendido de que los derechos sociales tienen una estructura distinta y que son de menor categoría que los derechos civiles y políticos; como consecuencia, se les ha marginado del desarrollo doctrinal, legislativo y jurisprudencial, lo que se ha traducido en mecanismos de protección menos eficaces, tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Una de las tantas razones para no considerarlos verdaderos derechos es que en el marco del proceso evolutivo de los derechos humanos, las luchas y necesidades de cada momento histórico determinaron la aparición de unos derechos (los civiles y políticos) antes que otros (los sociales), y de esta manera, la prioridad histórica se ha concebido como una prioridad jerárquica y axiológica.

Frente a este argumento, es preciso señalar que "a la integridad del ser humano corresponde en definitiva la integralidad de sus derechos" (Cançado 2001: 132), y en tal sentido, la reducción de los derechos sociales a *derechos de segunda generación*, siempre posteriores o detrás de los derechos civiles y políticos, minimiza la larga y compleja historia de reivindicación de los mismos que se inicia en los albores de la revolución francesa (García 2001: 363) y que logra su concretización con las revoluciones sociales y obreras de mediados del siglo XIX. En consecuencia, "la fantasía nefasta de las llamadas 'generaciones de derechos', histórica y jurídicamente infundada, en la medida que alimentó una visión fragmentada o atomizada de los

derechos humanos" debe ser considerada en la actualidad, debidamente superada y desmitificada (Cançado 2001: 133).

Otro argumento está relacionado con las obligaciones que generan, ya que el concepto de derechos humanos nace con una marcada impronta individualista, es decir, como libertades (Pérez 2005. 605). Bajo esta lógica, se presume que los derechos civiles y políticos solo generan obligaciones negativas por parte del Estado, quien se limita a no interferir, a no hacer, mientras que los derechos sociales generan obligaciones positivas en virtud de las cuales el Estado debe realizar diversas acciones. Sin embargo, es fácil demostrar que todos los derechos humanos se caracterizan por contener "un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado" (Abramovich y Courtis 2004: 24) y por "el carácter prestacional o participativo" que también puede ser un atributo de los derechos civiles y políticos (Cascajo 1988: 72).

Por tanto, es rechazable creer que existe un derecho puro en el sentido de generar exclusivamente un tipo de obligaciones; sólo piénsese por ejemplo, en las acciones positivas del Estado para asegurar la celebración de elecciones, el mantenimiento de vías de comunicación para asegurar la libertad económica, el funcionamiento de los registros públicos para asegurar el derecho a la propiedad, la estructuración del sistema judicial, entre otros. Por otro lado, piénsese en algunos derechos sociales como la libertad sindical y la huelga, que se caracterizan por la ausencia de una obligación prestacional del Estado y por la existencia de una obligación negativa para que los poderes públicos se abstengan de interferir en su ejercicio.

En consecuencia, no puede hablarse de obligaciones negativas y positivas puras, aunque sí es posible "afirmar una diferencia de *grado* en lo que se refiere a la relevancia que las prestaciones estatales tienen para uno y otro tipo de derechos" (Contreras 1994: 21). Tampoco se debe seguir fraccionando a los derechos humanos en dos clases en razón de la supuesta diferencia de las obligaciones que generan, ya que ello implicaría que algunos derechos como

los de huelga y libertad sindical dejarían de ser derechos sociales, y otros derechos como la asistencia letrada gratuita dejaría de ser un derecho civil y político (Cossío 1989: 115-116). Para que los derechos humanos tengan relevancia práctica y no queden en simple retórica constitucional o convencional, necesitan la conjugación de obligaciones estatales de no hacer y de hacer (Carbonell 2005: 48), ya que todos se caracterizan por sus pretensiones híbridas, tanto positivas como negativas frente al poder (Pisarello 2003: 29-30).

Por otro lado, un argumento que se ha utilizado para restarle importancia jurídica a los derechos sociales y diferenciarlos de los derechos civiles y políticos es el valor que promueven, en el sentido que estos últimos promueven la libertad mientras que los primeros propugnan la igualdad. A la luz del modelo neoliberal hegemónico, libertad e igualdad son dos valores antagónicos y en consecuencia, solo se acepta que la igualdad formal es compatible con la libertad, ya que cuando el Estado trata de igualar materialmente a las personas por medio de la justicia distributiva, produce distorsiones en el "orden espontáneo" en que se fundamenta el mercado y violenta su obligación de garantizar los derechos vinculados al valor libertad (Hayek 2006: 123 y 129)[1].

No obstante, es reprochable que desde estas premisas se insista en afirmar el antagonismo entre libertad e igualdad y sostener que cualquier avance igualitario implica un menoscabo de la primera (Pérez 2005: 630-631), ya que en realidad no hay razones estructurales para contraponer estos valores pues ambos se conectan estrechamente. Así como se distinguen varios planos de libertad, también se distinguen varios planos de igualdad, a tal punto que:

Al momento de la libertad positiva, o libertad como poder, corresponde el momento de la *igualdad social,* llamada de otro modo igualdad de […] oportunidades: exigir igualdad de las oportunida-

[1] Nozick plantea que aunque la pobreza y las desigualdades sean enormes, el Estado no puede distribuir los recursos a través de los impuestos u otros medios ya que todo gravamen de las rentas del trabajo o de los beneficios económicos es moralmente inaceptable e implica una violación a la libertad individual, en Nozick 1974: 167 y ss.

des significa cabalmente exigir que a todos los ciudadanos les sea atribuida no solamente la libertad negativa o política, sino también la positiva que se concreta en el reconocimiento de los derechos sociales (Bobbio 1991: 46-47).

De esta forma, todos los derechos están dirigidos al logro de la igual libertad para que todas las personas puedan desarrollar y fortalecer su autonomía; por ello es que los derechos sociales se presentan como instrumentos para "gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada" (Prieto 2004: 122). Así, "*todos* los derechos fundamentales son derechos de igualdad, en el sentido de que son atribuidos a todos los individuos *por igual;* pero *sólo algunos* derechos fundamentales son considerados, en sentido estricto, derechos de igualdad, en el sentido de que promueven la igualación de las condiciones materiales de la vida" (García 2004: 82), permitiendo el ejercicio de una plena ciudadanía.

Como lo señala Amartya Sen, la libertad y la igualdad "no son alternativas. La libertad se encuentra entre los posibles *campos de aplicación* de la igualdad y la igualdad se halla entre los posibles *esquemas* distributivos de la libertad (Sen 1995: 35). En este sentido, el objetivo de los derechos sociales no solamente es promover la igualdad "a través de la satisfacción de necesidades básicas, sin las cuales muchas personas no [podrían] alcanzar los niveles de humanidad necesarios para disfrutar de los derechos individuales, civiles y políticos, para participar en plenitud en la vida política y para disfrutar de sus beneficios" (Peces-Barba 1999: 57-58), sino también la libertad, ya que todos los derechos humanos "sirven a la causa única de la libertad" (García 2015: 100).

Finalmente, otro argumento está vinculado con la imagen onerosa de los derechos sociales, la cual es una de las consecuencias de la tesis que plantea que los mismos sólo generan obligaciones positivas por parte del Estado. Bajo esta lógica, la implementación de estos derechos resulta condicionada por la existencia de recursos suficientes, mientras que los derechos civiles y políticos, al

requerir una simple abstención estatal, pueden implementarse con independencia de los recursos existentes. Sin embargo, esta última afirmación ignora que para garantizarlos se requiere de todo tipo de recursos, es decir, "normas, instituciones, un marco jurídico y un entorno económico propicio" (Pnud 2000: 80), en otras palabras, los derechos civiles y políticos dependen fundamentalmente de la vigorosa acción del Estado, lo que implica que cuestan dinero, puesto que no pueden ser protegidos o realizados sin la financiación y el apoyo público (Holmes y Sunstein 1999: 13-15).

Evidentemente, durante mucho tiempo se ha presumido que sólo los derechos sociales demandan recursos del Estado para su implementación, ahora es inevitable reconocer que también los derechos civiles y políticos requieren de la financiación pública para ser plenamente efectivos. Así como se necesitan recursos sustanciales para financiar la enseñanza elemental gratuita para todos y todas, y servicios de salud reproductiva para todas las mujeres, también se requieren recursos importantes para asegurar "sueldos razonables para los jueces y apoyo al sistema judicial de modo suficiente para impedir la corrupción" (Pnud 2000: 80). En términos generales, si analizamos un número considerable de presupuestos nacionales, podemos comprobar que la inversión estatal para garantizar derechos civiles y políticos como la vida, la seguridad personal, la propiedad privada y el acceso a la justicia, a menudo supera la inversión relacionada con los derechos sociales.

No existe un fundamento absoluto para hablar de derechos caros y derechos baratos; tanto el derecho a la seguridad social como el derecho a la propiedad privada tienen costos públicos. El derecho a la libertad de expresión no es menos costoso que el derecho a una vivienda digna, el derecho a la libertad de contratación pública no tiene menos costos que el derecho a la atención de la salud; en fin, todos los derechos humanos necesitan del erario público (Holmes y Sunstein 1999: 15). En todo caso, que el sistema educativo público sea menos barato que el sistema electoral o policial, además de ser empíricamente discutible, "sólo arrojaría una diferencia cuantitativa que no puede traducirse en una pretendida diferencia ontológica

entre el derecho a la educación o el derecho a la salud, de un lado, y el derecho a la propiedad privada o el derecho al sufragio, del otro" (Hierro 2007: 191-193).

Por otra parte, la falta de satisfacción de las necesidades básicas que requiere una persona para vivir dignamente, se debe, más que a una escasez de recursos, a las prioridades en que se asignan los recursos disponibles. Consecuentemente, lo que se necesita en gran medida es una reestructuración de los presupuestos públicos en el sentido de destinar inversiones adecuadas a las necesidades humanas elementales, especialmente en la prestación de servicios básicos de salud y educación. El costo que provoca la satisfacción de los derechos civiles y políticos ha sido tradicionalmente asumido y por tanto, se da por supuesto; y aunque el costo de algunos derechos sociales sea más visible, "el argumento del límite de los recursos no siempre apela una imposibilidad fáctica sino que a veces presupone un criterio ideológico sobre cuánto y en qué es apropiado invertir o gastar" (Ruíz 1994: 660), lo cual no puede estar justificado sobre la base de la moral social en la que tendrían que contemplarse también los intereses de aquéllos que sufren la escasez y para quienes los derechos sociales podrían resultar especialmente vitales.

Por tanto, "subyace a esta teoría un peligro de manipulación ideológica a favor de una óptica liberal e individualista que, aun siendo progresista", acaba reduciendo el elenco de derechos a los derechos civiles y políticos, y excluyendo del mismo a los derechos sociales (Palop 2002: 85). Es un hecho objetivo que lo reducido de los recursos públicos constituye un obstáculo para la plena realización de los derechos humanos, pero también dentro de los parámetros de esos recursos limitados, es frecuente que los destinados a la satisfacción de los derechos sociales sean insuficientes, y a su vez, que no sean utilizados de manera óptima. De ello se desprende que los Estados tienen la doble obligación de destinar recursos públicos por un monto suficiente para los derechos sociales y velar por el uso apropiado de los mismos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [Cidh] 2002: 12).

En conclusión, el goce de los derechos sociales no depende sólo de la disponibilidad de recursos, sino también de la asignación de los recursos disponibles (Carazo 1999: 190), y es claro que la mayor parte de los mismos se asigna a la protección de los derechos civiles y políticos. Todos los derechos humanos suponen una cierta dimensión distributiva, unos con mayor impacto financiero que otros, por lo cual, su satisfacción no es una cuestión de decidir cómo garantizar los derechos *más caros*, sino de decidir en qué condiciones y bajo qué parámetros de prioridad deben asignarse los recursos disponibles para promover y asegurar el pleno desarrollo de la dignidad humana.

La efectiva implementación de los derechos civiles, políticos y sociales exige "una política social apropiada y unas medidas económicas por parte del Estado" (Pérez 1995: 212) que permitan resolver el problema de la mala distribución de la riqueza y del reparto desigual de los títulos de las personas sobre los bienes existentes (López 1994: 275). Además, si es verdad que los derechos humanos cuestan, "también es cierto que cuestan aún más, también en el plano económico, sus violaciones e inobservancias" (Ferrajoli 2008: 323).

III. El derecho a la salud a la luz de los estándares internacionales

El derecho a la salud es parte fundamental de los derechos humanos y de lo que entendemos por una vida digna. (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos [Oacnudh] 2008: 1). Por ello es que es un derecho indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos y particularmente está estrechamente vinculado con el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación (Comité Desc, *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de*

salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales): párr. 1 y 3), y puede considerarse un derecho inclusivo ya que comprende un amplio conjunto de factores que pueden contribuir a una vida sana, tales como, el agua potable y condiciones sanitarias adecuadas, los alimentos aptos para el consumo, la nutrición y vivienda adecuadas, las condiciones de trabajo y un medio ambiente saludables, la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud y la igualdad de género (Oacnudh 2008: 3).

Aunque es evidente que el derecho a la salud no puede entenderse como un derecho a estar sano, sí debe concebirse como "un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud". (Comité Desc, *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*: párr. 9). En este sentido, los Estados tienen la obligación de garantizar que todos los servicios, bienes e instalaciones relacionados con la salud, estén disponibles y sean accesibles, aceptables y de buena calidad.

De acuerdo con el Comité Desc , este derecho contiene una serie de elementos esenciales e interrelacionados. Primero, la disponibilidad, que requiere que los Estados cuenten con un número suficiente de establecimientos, bienes, programas, servicios públicos y centros de atención de la salud, los cuales contarán al menos con

> "agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la Oms" (párr. 12 literal a).

Segundo, la accesibilidad, que implica que los establecimientos, bienes, programas, servicios públicos y centros de atención de la salud sean accesibles a todas las personas, sin discriminación alguna. La accesibilidad tiene cuatro dimensiones: a) la no

discriminación, en el sentido que el acceso no esté obstaculizado por cuestiones de hecho y de derecho, particularmente a los sectores más vulnerabilizados y marginados de la sociedad; b) la accesibilidad física, es decir, que estén al alcance geográfico de todos los sectores de la población y que el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados se encuentran a una distancia geográfica razonable (párr. 12 literal b).

c) La accesibilidad económica, en tanto que los establecimientos, bienes y servicios de salud estén al alcance de todos y todas, y que los pagos por ellos se basen en el principio de la equidad, a fin de asegurar que sobre los hogares más pobres, no recaiga una carga desproporcionada en comparación con los hogares más ricos d) El acceso a la información, que implica "el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud" (párr. 12 literal b).

Tercero, la aceptabilidad, que implica que los establecimientos, bienes, programas, servicios públicos y centros de atención de la salud sean respetuosos de la ética médica y de la cultura de las personas, y sensibles a las cuestiones de género y del ciclo de vida. Y cuarto, la buena calidad, es decir que sean apropiados desde el punto de vista científico y médico, lo cual "requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas" (párr. 12 literales c y d).

A la luz de lo anterior, los Estados tienen una serie de obligaciones frente al derecho a la salud. En términos generales el derecho a la salud impone tres niveles de obligaciones: La obligación de respetar, que exige la abstención estatal de intervenir directa o indirectamente en el disfrute de este derecho, como por ejemplo, imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer. La obligación de proteger, que requiere la adopción de medidas estatales para impedir que terceros interfieran en el goce del derecho, lo cual incluye, por ejemplo, adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la

atención de la salud y los servicios relacionados con la salud, proporcionados por terceros. Y la obligación de cumplir, que exige la adopción de medidas estatales apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud, como por ejemplo, establecer un sistema de seguro de salud público, privado o mixto que sea asequible a todos (Comité Desc, *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales):* párr. 30-37).

1. *Obligaciones de carácter inmediato*

En términos concretos los Estados también tienen, en primer lugar, obligaciones de carácter inmediato, independientemente del nivel de desarrollo de los países, entre ellas, la obligación de adoptar medidas que implica la ejecución, dentro de un plazo razonablemente breve, de acciones deliberadas, concretas y orientadas "lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones" internacionales (Comité Desc, *Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados (Párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*: 1990 párr. 1). En este sentido, los Estados tienen marcado un claro rumbo y deben comenzar a dar pasos, los cuales "deben apuntar hacia la meta establecida y debe marchar hacia esa meta tan rápido como le sea posible", y en todo caso, deben justificar por qué no han marchado, por qué han ido hacia otro lado o retrocedido, o por qué no han avanzado más rápido (Abramovich y Courtis 2004: 79-80).

Como lo señala el numeral 8 de las Directrices de Maastricht, los Estados tienen "la obligación de demostrar logros cuantificables encaminados a la plena efectividad de los derechos" sociales y por lo tanto, no pueden recurrir a las disposiciones relativas a la implementación progresiva de estos derechos como pretexto de su incumplimiento, y tampoco "pueden justificar la derogación o limitación de los derechos [sociales] en base a diferencias en las tradiciones sociales, religiosas o culturales".

Por su parte, el Comité Desc ha señalado que los Estados tienen la obligación inmediata de adoptar medidas deliberadas y concretas dirigidas a la plena realización de los derechos sociales (Comité Desc, *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*: párr. 30) y aunque gozan de discrecionalidad para decidir el tipo de medidas a adoptar, también tienen la obligación de justificar por qué han decidido elegir determinadas medidas (Comité Desc, *Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados (Párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*: párr. 4). Entre las medidas a tomar destaca la adecuación del marco legal, que incluye la derogación de aquellas normas jurídicas que son contrarias a las obligaciones en materia de derechos sociales y la eliminación de cualquier discriminación de *facto* que "resulte del goce desigual de los derechos sociales motivado por la falta de recursos legales, o por otra razón" (Principios de Limburgo 1986 n° 37) y cualquier discriminación de *jure* que afecte la posesión y el disfrute de tales derechos (n° 38).

En este sentido se requiere que los Estados adopten una legislación amplia y antidiscriminatoria, en especial cuando se trata de los grupos más vulnerabilizados de la sociedad, y tal legislación no solamente debe proporcionar la posibilidad de un recurso judicial apropiado en la medida de lo posible, sino que debe brindar también programas de política social que permitan que las personas más vulnerabilizadas puedan llevar "una vida integrada, independiente y de libre determinación" (Comité Desc, *Observación General N° 5. Personas con discapacidad*: párr. 16). Para las Directrices de Maastricht, algunos grupos sociales sufren de forma desproporcionada las violaciones a los derechos sociales y, por tanto, requieren mayor atención, tales como las "personas de bajos ingresos, mujeres, pueblos indígenas y tribales, poblaciones en situaciones de ocupación, personas que buscan asilo, refugiados y desplazados internos, minorías, personas mayores, niños, campesinos sin tierra, personas con discapacidad y los desamparados" (Directrices de Maastrich n° 20).

Consecuentemente, para asegurar la efectividad de los derechos sociales es necesario que los Estados dispongan en el ordenamiento jurídico interno de los "medios adecuados de reparación, o de recurso", y que establezcan "mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los gobiernos" (Comité Desc, *Observación General N° 9. La aplicación interna del Pacto*: párr. 2). De este modo, pueden adoptar algunas reformas legislativas y de otra índole necesarias para asegurar jurídicamente que el acceso a la atención de la salud y a los servicios sanitarios proporcionados por terceros sea igualitario, que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la calidad de los servicios, que esté controlada "la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros", y que "los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología" [Comité Desc, *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*: párr. 35].

2. *Obligación de no discriminación*

En segundo lugar, el derecho a la salud impone la obligación de no discriminación, que es uno de los valores fundamentales que caracteriza la concepción moderna de los derechos humanos, ya que constituye una variable y corolario del principio general de igualdad consagrada en la totalidad de constituciones políticas y en diversas normas internacionales convencionales y no convencionales de derechos humanos. A la luz del principio de no discriminación, una obligación fundamental de los Estados es que el ejercicio de todos los derechos humanos se realice en un plano de universalidad, en el sentido de que todas las personas puedan acceder al goce efectivo de tales derechos sin ningún tipo de distinción.

El Comité Desc ha entendido que la discriminación implica: […] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio,

en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto [Comité Desc, *Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*: párr. 7].

Bajo estos parámetros, la no discriminación exige que los Estados adopten las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de los derechos en igualdad de condiciones (Sen 1984: 70). En este sentido, el derecho a la no discriminación es "un derecho que se sitúa por encima del resto de los derechos y que está a su servicio" (Torre 2005: 98) y "pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico (Corte Idh, *Opinión Consultiva OC-18/03: Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*: párr. 100-101).

Teniendo en cuenta que en nuestras sociedades existen grupos o sectores sociales que tradicionalmente han sido objeto de discriminación, la prohibición de no discriminación no necesariamente exige la igualdad de trato, ya que está prohibida toda *distinción* (discriminación negativa o distinción ilegítima), sino que también reivindica la necesidad de autorizar algunas diferencias de trato (discriminación positiva o distinción legítima), siempre y cuando se cumplan con ciertos requisitos. En este orden de ideas, "no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo" (Comité de Derechos Humanos [Comité Ddhh], *Observación General N° 18. No discriminación*: párr. 13).

Para determinar la razonabilidad y objetividad de un trato diferencial es necesario evaluar si el fin y los efectos de las medidas o las omisiones de que se trate son legítimos y compatibles con la naturaleza de los derechos sociales, y si el único fin que se busca es la promoción del bienestar general en una sociedad democrática.

Igualmente "debe existir una relación de proporcionalidad clara y razonable entre el fin buscado y las medidas u omisiones y sus efectos" [Comité Desc, *Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*: párr. 13].

La obligación de garantizar que los derechos sociales se ejerzan sin discriminación debe y puede ser cumplida de manera inmediata, puesto que no está subordinada ni a una implementación gradual ni a la disponibilidad de recursos [Comité Desc, *ObservaciónGeneral N° 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*: párr. 10]. Para garantizar el ejercicio de los derechos sociales sin discriminación es indispensable que los Estados no sólo remuevan las disposiciones de su ordenamiento jurídico que facilitan, promueven o permitan la discriminación, sino también deben adoptar las medidas legislativas necesarias para superarla, en tanto que la lucha contra la discriminación requiere la existencia de una base legislativa sólida [Comité Desc, *Observación General N° 11 (1999). Planes de acción para la enseñanza primaria*: párr. 59].

Las medidas legislativas pueden ser asimismo un elemento indispensable a muchos efectos, pero además de ellas, es necesaria la dotación de recursos judiciales a los titulares de los derechos, ya que "el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos" [Comité Desc, *Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados (Párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*: párr. 3 y 5]. Por tanto, cuando los Estados garantizan el acceso de un determinado sector de la población al derecho a la salud, se abre la puerta para que a la luz del principio de no discriminación e igualdad ante la ley, los sectores o personas marginadas de dicho acceso, puedan exigir ante los tribunales respectivos que el Estado cumpla con su obligación internacional de garantizarles también a ellas el goce efectivo de ese derecho en igualdad de condiciones que el resto.

En este orden de ideas, cuando un derecho social ha sido reconocido y garantizado a una persona o a un determinado grupo de personas, es factible realizar juicios de comparación entre la situación de las personas beneficiadas con dicho reconocimiento y la de quienes aún no lo son, "controlando la legalidad y razonabilidad del factor de diferenciación utilizado por el Estado al proveer, garantizar o promover selectivamente los intereses tutelados por el derecho" (Abramovich y Courtis 2006: 42). La no discriminación es una dimensión de la accesibilidad, en el sentido de que debe ser accesible a todos, particularmente a los grupos más vulnerables de hecho y derecho, a quienes se les dará prioridad en el marco de programas de salud [Comité Desc, *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*: párr. 12.b i y 19].

El objetivo de este tipo de medidas es lograr que los grupos desaventajados alcancen una igualdad de *facto* con respecto al resto de la población, por lo que son medidas de carácter temporal que no constituyen discriminación en perjuicio de quienes no son beneficiarios de las mismas, siempre y cuando "no perpetúen una protección desigual ni configuren un sistema separado de protección para determinados individuos o grupos, y de que sean suspendidas una vez alcanzados los objetivos para los cuales fueron adoptadas" [Comité Desc, *Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 inciso a, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturas)*: párr 24]. Aunque se debe reconocer también que algunas medidas de este tipo pueden tener un carácter permanente, como por ejemplo, "la prestación de servicios de interpretación a los miembros de minorías lingüísticas y a las personas con deficiencias sensoriales en los centros de atención sanitaria" (Comité Desc, *Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*: párr 9).

Finalmente, teniendo en cuenta que en muchas sociedades la discriminación contra algunos sectores como las mujeres está tan arraigada en la conciencia colectiva, es necesario implementar amplias estrategias nacionales con miras a suprimir la discriminación en todos los ámbitos. Por ello, es imperativo que los Estados a) supriman todas las barreras que se oponen al acceso de las mujeres a los servicios de salud, educación e información, y b) adopten medidas preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra las prácticas y normas culturales tradicionales perniciosas que le deniegan sus derechos genésicos [Comité Desc, *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*: párr. 21 43.a y 50].

3. *Obligación de progresividad*

En tercer lugar, el derecho a la salud impone la obligación de progresividad y la prohibición de regresividad. Según el sentido corriente del término "progresivamente", los Estados tienen la obligación de avanzar continuamente hacia la plena efectividad del derecho a la salud, lo que implica a) una cierta gradualidad en su satisfacción plena y b) una cierta idea de progreso en el sentido de que los Estados deben mejorar las condiciones de su goce y ejercicio (Abramovich y Courtis 2006: 93).

En otros términos, el deber de avanzar supone a) la obligación de mejorar continuamente el disfrute del derecho y b) la obligación de abstenerse de tomar medidas deliberadamente regresivas (Sepúlveda 2006: 124). De esta manera, la noción de progresividad puede comprenderse desde dos sentidos complementarios, es decir, a) que la satisfacción plena del derecho a la salud implica una cierta gradualidad que exige de los Estados moverse de la más forma más rápida y efectiva posible hacia la meta, y b) que los Estados mejoren las condiciones de su goce y ejercicio, es decir, bajo el criterio del progreso. Por tanto, además de la obligación de avanzar hacia adelante, los Estados no deben adoptar medidas

que representen un retroceso para la vigencia de dicho derecho (Abramovich y Courtis 2006: 50).

Pero la noción de progresividad no debe concebirse como una carta blanca para los Estados en el sentido de poder aplazar indefinidamente sus obligaciones, pues aunque su realización requiera un cierto tiempo, "no debe ser malinterpretada en el sentido de privar a la obligación de todo contenido significativo". Se trata de un mecanismo flexible, que refleja la existencia de recursos limitados y las dificultades que representa para cualquier Estado garantizar la plena realización de los derechos sociales (p. 50).

Bajo estos parámetros, los Estados tienen la obligación positiva de mejorar continuamente el goce del derecho a la salud y la obligación negativa de abstenerse de tomar medidas deliberadamente regresivas que reduzcan sus niveles de protección o supriman los ya existentes. Por tanto, una violación de las obligaciones derivadas de la noción de progresividad se da cuando los Estados omiten tomar las medidas requeridas para ir avanzando en el disfrute del derecho a la salud o pertenecen pasivos ante el deterioro del nivel de su disfrute, o cuando actúan tomando medidas deliberadamente regresivas (Sepúlveda 2006: 124-127).

Para el Comité Desc , el concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos sociales generalmente no podrá lograrse en un período corto de tiempo, lo cual no significa que la obligación estatal carezca de todo contenido significativo, sino simplemente que es necesario una cierta flexibilidad "que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales". Por tanto, la progresividad impone una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible "a través de medidas deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en el Pacto", y evitar cualquier providencia deliberadamente retroactiva. [Comité Desc, *Observación*

General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados (Párrafo 1 del artículo 2 del Pacto): párr 2 y 9].

De este modo, el Comité Desc ha reafirmado que esta obligación progresiva en relación con el derecho a la salud, "a lo largo de un determinado período no debe interpretarse en el sentido de que priva de todo contenido significativo las obligaciones de los Estados Partes. Antes al contrario, la realización progresiva significa que los Estados Partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12" [Comité Desc, *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*: párr. 31]. Por tanto, para avanzar en la realización progresiva se requiere no sólo que los Estados tomen medidas positivas de *facto* y de *jure,* sino también que no permanezcan pasivos ante a un deterioro en el nivel de goce o disfrute de los derechos sociales (Sepúlveda 2006: 126-127).

La obligación de progresividad contiene la prohibición de no regresividad que puede ser sometida a control judicial o cuasi-judicial en caso de incumplimiento. Por ello es que cuando un Estado se obliga a mejorar la situación del derecho a la salud tiene prohibido reducir o suprimir los niveles vigentes de protección. En este sentido, la prohibición de regresividad constituye uno de los parámetros de juicio de las medidas adoptadas por el Estado que puede ser directamente exigible y aplicable por los tribunales de justicia (Abramovich y Courtis 2006: 50).

Aunque *prima facie* las medidas regresivas deben considerarse contrarias a los derechos sociales, en ciertos casos la prohibición de regresividad no es absoluta. Sin embargo, cualquier medida deliberadamente regresiva requiere la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos sociales y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos disponibles [Comité Desc, *Observación General N° 16. La igualdad de derechos del hombre y la mujer al dis-*

frute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales): párr. 9]. De cualquier manera, la prohibición de medidas regresivas siempre será absoluta cuando afecten la satisfacción de los niveles esenciales del derecho en cuestión (Comité Desc 2000: párr. 39-43).

4. *Obligación de garantizar niveles esenciales*

En cuarto lugar, los Estados tienen la obligación de garantizar niveles esenciales del derecho a la salud. Un Estado podría incurrir en una violación *prima facie* de este derecho cuando no cumpla con unas obligaciones mínimas esenciales que son aplicables independiente de la disponibilidad de recursos o de cualquier otro factor o dificultad, sobre todo cuando se enfrentan períodos de crisis económicas o de limitaciones graves de recursos, pues los Estados tienen la obligación de asegurar la satisfacción de niveles esenciales del derecho mediante la fijación de prioridades para hacer un manejo eficiente de los recursos disponibles, siempre con el objetivo de proteger a la población más vulnerable [Comité Desc, *Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados (Párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*: párr. 12].

En este sentido, los Estados deben a) adoptar medidas de acción positiva cuando el grado de satisfacción de un derecho se encuentre en niveles que no alcancen los mínimos exigibles y b) preservar la situación existente de disfrute de un derecho y evitar su retroceso, ya que si sus obligaciones internacionales en la materia se han de interpretar de tal manera que no establezca por lo menos una obligación mínima, carecerían en gran medida de su razón de ser (párr. 10).

Con respecto al derecho a la salud, el Comité Desc ha establecido que los Estados tienen la obligación de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales del derecho que incluye la atención primaria básica, para lo cual están en la obligación de a) garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sin discriminación; b) asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura, y garanti-

ce que nadie padezca hambre; c) garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable; d) facilitar medicamentos básicos según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la Oms; e) velar por la distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; y f) adoptar y aplicar sobre la base de pruebas epidemiológicas un plan de acción nacional [Comité Desc, *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*: párr 43].

No se puede ignorar el hecho de que la limitación de recursos es un obstáculo importante frente a la realización del contenido mínimo del derecho a la salud, no obstante, cuando un Estado no puede cumplir con sus obligaciones mínimas debe demostrar que ha realizado todos sus esfuerzos para utilizar la totalidad de los recursos de que disponga con vistas a la satisfacción de los contenidos prioritarios [Comité Desc, *Observación General N° 11 (1999). Planes de acción para la enseñanza primaria*: párr 10]. Por tal razón, el Comité Desc también ha señalado que un Estado que se ha visto imposibilitado para cumplir con sus obligaciones en la materia debido a la limitación de recursos, tiene que justificar que ha hecho todo lo posible hasta el máximo de los recursos de que dispone para actuar de conformidad con tales obligaciones, pero en ninguna circunstancia puede justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas, que son inderogables [Comité Desc, *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*: párr. 43].

IV. El derecho a la salud en el marco de las desapariciones forzadas

La desaparición forzada es una violación múltiple, compleja, grave, pluriofensiva y continuada o permanente de derechos huma-

nos, que contiene tres elementos concurrentes y constitutivos: 1) la privación de la libertad, 2) la intervención directa de agentes estatales o por la aquiescencia de éstos, y 3) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona desaparecida (Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México*: párr. 140). A diferencia de una ejecución extrajudicial, sumaria o arbitraria, la desaparición forzada "conlleva la negativa del Estado de reconocer que la víctima está bajo su control y de proporcionar información al respecto, con el propósito de generar incertidumbre acerca de su paradero, vida o muerte, de provocar intimidación y supresión de derechos [Corte IDH, *Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*: párr. 366].

Al constituir una violación múltiple y pluriofensiva de derechos humanos, la desaparición forzada vulnera la libertad personal, la integridad física, psíquica y moral, la vida, el reconocimiento de la personalidad jurídica, las garantías judiciales, la protección judicial y una serie de derechos sociales. Por su propia naturaleza, transgrede no solo los derechos de la persona desaparecida, sino también los de su familia, de otras personas allegadas o de quienes han sufrido un perjuicio como consecuencia de la desaparición. A su vez, en muchos casos, las personas que no pueden ejercer de manera plena sus derechos sociales "están más expuestas a convertirse en víctimas de una desaparición forzada" (Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias [Grupo de Trabajo] 2015: en términos generales, la relación entre desapariciones forzadas y derechos sociales puede determinarse en tres ámbitos: Primero, en cómo la carencia del goce de los derechos sociales aumenta la vulnerabilidad frente a las desapariciones forzadas; segundo, en el impacto de las desapariciones en los derechos sociales de la persona desaparecida; y tercero, en el impacto de las desapariciones en los derechos sociales de familiares y de otros dependientes de la persona desaparecida. En este punto es importante resaltar que a partir de tres casos contra Guatemala, la Corte IDH amplió el concepto de víctima al considerar que ciertas acciones inadecuadas del Estado en el manejo de los casos representan una intensificación del sufrimiento de los familiares [Corte IDH, *Caso Blake vs. Guatema-*

la; *"Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*].

Con respecto al aumento de vulnerabilidad frente a las desapariciones forzadas debido a la carencia del goce de derechos sociales, está demostrado que las personas que viven en condiciones de pobreza y que no disfrutan de sus derechos sociales son más vulnerables a convertirse en víctimas de este delito, ya que a) en muchas ocasiones no gozan de integración social, reconocimiento político y jurídico, b) tienen limitadas capacidades personales y económicas para acceder a recursos legales frente a detenciones ilegales y otras violaciones a sus derechos, c) por lo general deciden no interponer denuncias o acciones judiciales por temor a represalias por actores poderosos o por miedo a sufrir discriminación por parte de las autoridades, d) viven en zonas con poca o ninguna presencia de instituciones estatales y en donde las fuerzas de seguridad tienden a operar fuera de la legalidad (Grupo de Trabajo 2015: párr. 8-11) y e) cuando viven en zonas de conflicto, la condición de mujer hace que sean atacadas deliberadamente y sean víctimas de desaparición forzada o de otras formas de violencia de género (Grupo de Trabajo 2012a: párr. 7)[2].

En relación con en el impacto de las desapariciones en los derechos sociales de la persona desaparecida, como ésta queda privada de la protección de la ley, a) pierde su empleo y deja de percibir un salario, e incluso es posible que no pueda recuperarlo después de su liberación debido al estigma de haber sido desaparecida o a la secuela mental o física de la misma; y b) es expuesta a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes y otros actos contra su integridad física y psicológica con un impacto significativo en su derecho a la salud, cuyos efectos se mantienen después de recupe-

[2] Algunos ejemplos de esta vulnerabilidad frente a las desapariciones forzadas: cuando las personas no cuentan con una vivienda que constituye una barrera física y de protección; cuando no existe reconocimiento jurídico de los territorios indígenas y las comunidades se resisten a ser objeto de desplazamientos y desalojos; cuando las niñas y niños viven en la calle, y corren mayor riesgo de ser secuestrados; cuando las personas migrantes son indocumentadas y no "existen" por su condición de clandestinidad; y cuando son personas con problemas de salud mental que deambulan por las calles (Grupo de Trabajo 2015: 12-16).

rada su libertad (Grupo de Trabajo 2015: párr. 17-19). A causa de su género, las mujeres víctimas de desaparición forzada lo sufren de forma desproporcionada, ya que son objeto de violencia sexual y embarazos no deseados, y están expuestas a mayores sufrimientos y humillaciones (Grupo de Trabajo 2012a: párr. 8-9).

Con respecto al impacto de las desapariciones en los derechos sociales de familiares y de otros dependientes de la persona desaparecida, éste es mayor cuando la víctima directa es el sustento del hogar, la principal o la única fuente de ingresos en la familia, y el "trauma emocional se intensifica debido a la falta de recursos materiales, que se hace más aguda por los gastos incurridos si deciden emprender una búsqueda de sus seres queridos. Asimismo, las víctimas no saben cuándo regresará su ser querido (si ha de regresar), lo que hace difícil su adaptación a la nueva situación" (Grupo de Trabajo 2015: párr. 23-24).

Cuando se trata de niñas y niños, la marginación económica y social, y la inseguridad jurídica creada por la ausencia de su padre o madre desparecida, provoca que sus derechos a la propiedad, a la educación, a la seguridad social y a la salud se vean seriamente restringidos (Grupo de Trabajo 2012b:párr. 7). En términos generales, tanto la dificultad económica como la devastación moral de perder a un familiar por una desaparición forzada impacta en el estado físico y psicológico de todos los miembros de la familia de la persona desaparecida, ya que pueden provocar un gran trauma emocional y generar un "estado de conmoción persistente, de crisis latente y prolongada, en el que la angustia y el dolor causado por la ausencia de la persona amada continúa indefinidamente" (Grupo de Trabajo 2015: párr. 31).

En conclusión, una desaparición forzada tiene un impacto profundo y traumático en los familiares de la persona desaparecida, los cuales experimentan problemas permanentes de salud física y mental, como estrés, depresión, ansiedad, aumento de la tensión y problemas para dormir. La alteración del proceso de duelo no permite que las familias cierren el círculo de dolor, ya que no es posible

el funeral del familiar sin cuerpo para enterrar ni certeza de que está vivo o viva. La incertidumbre que causa la desaparición de un ser querido es permanente y provoca "una ambigüedad extremadamente angustiante" (Comité de Solidaridad y Derechos Humanos Monseñor Romero *et al*. 2013: 18) con su consecuente incidencia grave en la salud de quienes tienen la esperanza de encontrarlo.

V. Conclusión

Una desaparición forzada es un crimen atroz pues "niega la esencia misma de lo humano y es contraria a los más profundos valores de cualquier sociedad" (Grupo de Trabajo y Comité contra las Desapariciones Forzadas: 2012). Debido a la conexión existente entre el aumento de la vulnerabilidad frente a este crimen y la carencia en el goce de los derechos sociales, los Estados tienen la obligación de promover y garantizar ciertas condiciones sociales, culturales, ambientales y económicas para prevenir las desapariciones forzadas. En este sentido, su prevención es un componente fundamental para la protección de los derechos sociales y, a su vez, la protección de estos derechos es un elemento esencial para la prevención de las desapariciones forzadas. Si un Estado tiene la voluntad política de prevenir y erradicar esta práctica ilegal, debe implementar una política pública que abarque una promoción y protección adecuada de los derechos sociales (Grupo de Trabajo 2015: párr. 77).

Para que los Estados luchen frontalmente contra las desapariciones forzadas, deben cumplir con unos estándares en materia de deberes de garantía, prevención, investigación, sanción de los responsables y reparación a las víctimas. En relación con el deber de garantía, los Estados deben organizar el aparato gubernamental con el fin de erradicar las condiciones de impunidad alrededor de las desapariciones forzadas y adoptar todas las medidas necesarias para evitarlas, investigar y sancionar a los responsables y, además, informar a los familiares sobre el paradero de la persona desapa-

recida e indemnizarlos en su caso (Corte Idh, *La Cantuta vs. Perú*: párr. 115). Este deber adquiere particular importancia porque "la prohibición de la desaparición forzada de personas y su correlativo deber de investigarla y sancionar a sus responsables han alcanzado desde hace mucho carácter de *jus cogens*" (Corte Idh, *Gelman vs. Uruguay*: párr. 183).

Con respecto al deber de prevenir

> "abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales" (Corte Idh, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*: párr. 175).

En relación con el deber de investigar, las instancias investigativas deben asegurar que se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la comisión de este tipo de crímenes y que la investigación sea conducida tomando en cuenta la complejidad de los hechos "y la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en los mismos, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación" (Corte Idh 2010: párr. 166). La obligación de investigar una desaparición forzada "subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida" (Corte Idh, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*: párr. 181).

Con respecto al deber de sancionar, los Estados tienen la obligación de investigar, ejercer la acción penal, juzgar y sancionar a las personas responsables del crimen de desaparición forzada. De esta manera, la sanción penal debe alcanzar a todas las personas que realicen conductas constitutivas de este crimen (Corte Idh, *Gómez Palomino vs. Perú*: párr. 100). En relación con el deber de

adecuar la normativa interna, tiene un carácter primordial tipificar el delito de desaparición forzada tomando en consideración los estándares internacionales en la materia con el fin de superar la protección ofrecida por la normativa penal relativa al secuestro, tortura y homicidio. Esta adecuación debe dar cuenta del carácter múltiple y continuado de la violación de los derechos humanos provocada por la desaparición forzada, ya que coloca a la persona detenida-desaparecida en un estado de completa indefensión (Corte IDH, *Gómez Palomino vs. Perú*: párr. 92 y 96).

Finalmente, con respecto al deber de reparar, los Estados tienen la obligación de reparar adecuadamente a las víctimas y brindarles asistencia social por violaciones a sus derechos sociales como consecuencia de una desaparición forzada. De acuerdo con la Declaración de 1992 sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y los derechos económicos, sociales y culturales, la reparación debe incluir atención médica y psicológica, garantías de empleo o propiedad, rehabilitación legal y social, garantías de que no se repetirán los actos, la restauración de libertad personal, vida familiar, ciudadanía, empleo o propiedad, regreso de la persona a su lugar de residencia y otras formas semejantes de restitución, satisfacción y reparación que permitan suprimir las consecuencias de la desaparición forzada.

En el caso concreto de la atención médica y psicológica, los Estados deben

> "[…] brindar gratuitamente, a través de instituciones de salud públicas especializadas o personal de salud especializado, y de forma inmediata, adecuada y efectiva, el tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico, a las víctimas que así lo soliciten, previo consentimiento informado, incluyendo el suministro gratuito de los medicamentos que eventualmente se requieran, tomando en consideración los padecimientos de cada una de ellas […] En el caso de que el Estado careciera de instituciones de salud especializadas deberá recurrir a instituciones privadas o de la sociedad civil especializadas" (Corte IDH 2014: párr. 567).

A su vez, teniendo en cuenta que desde el momento en que desaparece una persona, sus familiares se ven sometidos a un gran sufrimiento y a una variedad de dificultades, algunas de las cuales provocan una verdadera emergencia humanitaria, el Estado debe brindar asistencia humanitaria inmediata después de que se produzca una desaparición forzada, independientemente de los indicios sobre los actores –estatales o no- responsables de la misma (Comité de Solidaridad y Derechos Humanos Monseñor Romero *et al.* 2013: 17).

A la luz de la citada Declaración de 1992 sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados deben a) adoptar las medidas necesarias para proteger y promover los derechos sociales como una medida preventiva en contra de las desapariciones forzadas; b) facilitar el acceso a la justicia de grupos desfavorecidos; c) ofrecer a la persona desaparecida posteriormente liberada, medidas complementarias para que puedan reintegrarse en la vida social, cultural y laboral; d) brindar tratamiento médico, de salud física y mental, para las víctimas; e) garantizar el derecho a la seguridad social para apoyar a las familias después de la desaparición de su familiar; y f) proveer una reparación rápida, adecuada y eficaz por violaciones de los derechos sociales causadas por una desaparición forzada.

Bibliografía

Abramovich, Victor y Courtis, Christian (2004): *Los derechos sociales como derechos exigibles.* Trotta, Madrid.

Bobbio, Norberto (1991): *El tiempo de los derechos.* Sistema, Madrid.

Cançado Trindade Antônio Augusto (2001):*El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

Cançado Trindade Antônio Augusto (1999): "Democracia y Derechos Humanos: El régimen emergente de la promoción internacional

de la democracia y del Estado de derecho", en *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos,* nùm 1, vol. 1.

Carazo, Rodrigo Alberto (1999): Los derechos económicos, sociales y culturales. *Memoria I Curso Interamericano de Sociedad Civil y Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica.

Carbonell, Miguel (2005): "Breves reflexiones sobre los derechos sociales", en *Los derechos económicos, sociales y culturales.* Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México–Comisión Europea, México.

Cascajo Castro, José (1988): *La tutela constitucional de los derechos sociales.* Madrid: Cuadernos y Debates. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Contreras, Francisco (1994): *Derechos sociales: Teoría e ideología.* Tecnos, Madrid.

Comité de Solidaridad y Derechos Humanos Monseñor Romero, et al. (2013): *Manual: ¿Qué hacer en caso de Desaparición Forzada?* Campaña Nacional contra la Desaparición Forzada, Ciudad de México.

Cossío Díaz José. (1989): *Estado Social y derechos de prestación.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Díaz, Elías(1998): *Estado de derecho y sociedad democrática.* Taurus Ediciones, Madrid:

Ferrajoli, L. (2001): "Derechos fundamentales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo.* Trotta, Madrid.

Ferrajoli, Luigi (2004): *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal.* Trotta, Madrid.

Ferrajoli, Luigi (2008): Derechos vitales y políticas de muerte. Por un constitucionalismo global. *Democracia y garantismo.* Editorial

Trotta, Madrid: Ferrajoli, Luigi (2000): *El garantismo y la Filosofía del Derecho.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

García Macho, Ricardo (1982): *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda.* Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid.

García Manrique, Ricardo (2004): *Derechos humanos e injusticias cotidianas.* Universidad Externado de Colombia Bogotá.

García Manrique, Ricardo (2015): *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales.* El Viejo Topo, Barcelona.

García Manrique, Ricardo (2001): " Los textos de la Revolución francesa: Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores" *Historia de los Derechos Fundamentales*, *Tomo II, volumen III.* Dykinson, Madrid.

Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias (2012a). *Observación general sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas*.

Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias (2012b): *Observación general sobre los niños y las desapariciones forzadas.*

Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias (2015): *Estudio sobre las desapariciones forzadas o involuntarias y los derechos económicos, sociales y culturales*.

Hayek, Friedrich August Von (2006): *Los fundamentos de la libertad.* Unión Editorial, Madrid.

Hierro, Liborio. (2007): Los derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy. *Derechos sociales y ponderación.* Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.

Holmes Stephen y Sunstein Cass (1999): *The cost of rights. Why liberty depends on taxes.* W. W. Norton & Company, New York-London:

López Calera, Nicolas (1994): Escasez y cambio de modelos. *Problemas actuales de los derechos fundamentales.* Universidad Carlos III de Madrid, Madrid.

Mejía Rivera, Joaquin Armando (2015): *Elementos para una teoría de los derechos económicos, sociales y culturales desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* Ubijus, Mèxico.

Nozick, Robert (1974): *Anarchy, State and Utopia*. Basil Blackwell, Oxford.

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2008): El derecho a la salud. Folleto informativo n° 31. Naciones Unidas, Ginebra.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1986). Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (2000): Informe sobre Desarrollo Humano 2000. Madrid-Barcelona-México: Ediciones Mundi-Prensa.

Peces-Barba, Gregorio (1999): *Derechos sociales y positivismo jurídico.* Dykinson, Madrid.

Pérez Luño, Antonio (2005)*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.* Tecnos, Madrid.

Pérez Luño, Antonio (1995): *Los derechos fundamentales.* Tecnos, Madrid.

Pisarello, Gerardo (2003): *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible.* Icaria, Barcelona.

Prieto Sanchís, Luis (1998)*: Ley, Principios, Derechos.* Dykinson, Madrid.

Prieto Sanchís, Luis. (2004): Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. *La universalidad de los derechos sociales: El reto de la inmigración.* Tirant Lo Blanch, Valencia.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (2005): *Informe sobre Desarrollo Humano 2005. La cooperación internacional ante una encrucijada. Ayuda al desarrollo, comercio y seguridad en un mundo desigual.* Edición Mundi-Prensa, New York.

Rodríguez Palop, María. (2002): *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación.* Dykinson, Madrid.

Ruíz Miguel, Alfonso (1994): "Derechos liberales y derechos sociales", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* nùm. 15-16. Alicante: Universidad de Alicante.

Sen, Amartrya (1995): *Nuevo examen de la desigualdad.* Alianza Editorial, Madrid.

Sen, Amartya (1984): "The right not be hungry", en *The right to food:* Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers-

Torre, C. de la (2005): "El derecho a la no discriminación como una alternativa de acceso a los derechos sociales", en *Los derechos económicos, sociales y culturales.* México: Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México–Comisión Europea.

Touraine, Alain (1994): *¿Qué es la democracia?* Ediciones Temas de Hoy, Madrid.

Desaparición forzada, acceso a la justicia y reparación integral en el marco de los derechos DESCA y la justicia transicional: Estudio comparado

Enforced disappearance, access to justice and comprehensive reparation within the framework of the ESCR rights and transitional justice: a comparative study

LUIS FERNANDO VÉLEZ GUTIÉRREZ
Universidad Sergio Arboleda, Bogotá D.C., Colombia.

SUMARIO: I. Introducción y problemática comparada. II. Propósito y metodología de este análisis. III. Antecedentes internacionales sobre la protección en contra de la desaparición forzada. 1. Afectación tridimensional del delito de desaparición forzada en el marco de los derechos humanos. IV. Antecedente y desarrollo conceptual del derecho al acceso a la justicia. 1. Afectación al pleno ejercicio del derecho al acceso a la justicia. V. Antecedentes y desarrollo conceptual de la reparación integral. VI. La Corte IDH frente al derecho al acceso a la justicia y la reparación integral en el delito de desaparición forzada. 1. Caso 1: *Rosendo Radilla Pacheco vs. México* [2009]. 2. Caso 2: *González y otras (Campo Algodonero) vs. México* [2009]. 3. Caso 3: *Gómez Palomino vs. Perú* [2005]. 4. Caso 4: *Masacre Mapiripán vs. Colombia* [2005]. 5. Caso 5: *19 Comerciantes vs. Colombia* [2004]. 6. Caso 6: *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* [1988]. VII. Acceso a la justicia y reparación a las familias víctimas de desaparición forzada en Colombia. 1. Paquete normativo. 2. Jurisprudencia colombiana. 3. Experiencia antropológica. VIII. Compartir elementos de justicia transicional en la lucha contra el delito de la desaparición forzada (Colombia-México) 1. Legislación colombiana en el marco de la justicia transnacional. a. Ley de Justicia y Paz. b. Acuerdo Final entre el gobierno colombiano y las FARC (24 de noviembre 2016) 2. Análisis de contexto comparado. 3. Negociación. 4. Protagonismo de las víctimas. IX. Conclusiones.

Resumen: Ante la problemática del delito de desaparición de personas que se vive en la República de México, y en particular el Estado de Coahuila, es fundamental hacer una reflexión sobre la efectividad del sistema penal actual para satisfacer el derecho al acceso a la justicia y la reparación integral de las víctimas y de los familiares de las víctimas. Un análisis comparado sobre procedimientos alternativos del marco de la justicia transicional aplicado en Colombia podría ser de utilidad. El escrito hace una referencia histórica y desarrolla, de acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia nacional e internacional, la definición conceptual del delito de desaparición forzada, el derecho al acceso a la justicia y la reparación integral, para luego hacer un análisis comparativo en el marco conceptual de la justicia transicional. El autor busca propiciar la discusión y el cambio en la conciencia jurídica colectiva mexicana respecto a la necesidad de tomar el *riesgo* de explorar otros mecanismos y procedimientos alternativos, poniendo las expectativas de los familiares de las víctimas en primer plano.

Abstract: In view of the problem of the crime of disappearance of a person in the Republic of Mexico, and in particular in the State of Coahuila, it is essential to reflect on the effectiveness of the current penal system in satisfying the right to access to justice and comprehensive reparation for the victims and the families of the victims. A comparative analysis of alternative procedures within the transitional justice framework applied in Colombia could be useful. This paper makes a historical reference and develops, according to national and international doctrine and jurisprudence, the conceptual definition of the crime of enforced disappearance, the right to access to justice and integral reparation, and then makes a comparative analysis in the conceptual framework of transitional justice. The author seeks to promote discussion and change in the Mexican collective legal conscience regarding the need to take the risk of exploring other alternative mechanisms and procedures, putting the expectations of the victims' relatives at the forefront.

Palabras clave: *desaparición forzada*, *acceso a la justicia, reparación integral, justicia transicional, justicia premial, derechos humanos, víctimas.*

Keywords: *forced disappearance, access to justice, reparation, transitional justice, human rights, victims.*

I. Introducción y problemática comparada

La preocupación de las naciones del mundo por el fenómeno criminal de desaparición forzada como una conducta generalizada y sistemática de graves violaciones a los Derechos Humanos es relativamente reciente. Surge con fuerza al Derecho Internacional en la época de la postmodernidad, después de la Segunda Guerra Mundial, luego de las atrocidades de la estrategia nazi de exterminio de sus *enemigos*.

Paralelamente con esta preocupación nace la justicia transicional que, como mecanismo extraordinario de justicia ha venido llevando soluciones a sociedades en transición hacia la paz, luego de un conflicto armado. Sin embargo, en opinión del autor a pesar de que estos mecanismos y procedimientos de transición son medidas temporales y excepcionales cada vez son más útiles para resolver las demandas y las expectativas de las víctimas en materia de justicia, verdad, reparación y garantía de no repetición frente a fenómenos criminales transnacionales, crimen organizado o graves violaciones de derechos humanos en países en o sin conflicto armado.

El fenómeno criminal de desaparición forzada tiene sus antecedentes en Latinoamérica desde finales de la década de 1960s, como parte de una política de Seguridad Nacional y en respuesta a la amenaza de la ideolología comunista de la época. En Paraguay, entre 1958 y 1988, se reportaron un número de 485 desapariciones forzadas; en Chile, entre 1973 y 1990, se reportaron 979 casos, y en Argentina alrededor de 9.000 denuncias por hechos ocurridos entre 1976-1983 (Grupo de Memoria Histórica 2013: 58).

Colombia no ha sido la excepción. El primer caso registrado de desaparición forzada ocurrió en la ciudad de Barranquilla, el 9 de septiembre de 1977, cuando Omaira Montoya Henao, bacterióloga, militantes de izquierda, y su compañero Mauricio Trujillo Uribe, participaban en el cobro de un secuestro y fueron capturados y torturados por la policía secreta (F2). Finalmente, nunca se supo del paradero de Omaira Montoya Henao (Observatorio de Derechos

Humanos y Derecho Humanitario 2012 :8). Según el Centro Nacional de Memoria Histórica (Cnmh) en su publicación titulada ¡Basta ya!, en el Registro Nacional de Desaparecidos, hasta noviembre de 2011, se había reportado 50,891 desaparecidos –16,907 correspondían a Desaparición Forzada. De otro lado, el Registro Único de Víctimas (Ruv) señala que son 25,007 casos de Desaparición Forzada. Para el 2013, según datos generados en los procesos de Justicia y Paz se reportaron cerca de 23,000 desaparecidos forzosos de 51,464 personas desaparecidas. De 5016 casos donde se han identificado los presuntos autores se le atribuye el 42% a miembros de la Fuerza Pública, 38% a los paramilitares, 19% a otros grupos armados, el 2.3% a las guerrillas. En el conflicto armado en Colombia, 6 de cada 10 víctimas del delito de Desaparición Forzada corresponde a población vulnerable –militantes políticos y sindicalistas, entre otros (Grupo de Memoria Histórica 2013: 37, 58, 59, 64).

De otro lado, según cifras del Sistema de Información Red de Desaparecidos y Cadáveres (Sirdec), hay reportados 69,565 desaparecidos, de los cuales 20,944 por desaparición forzada. "La desaparición forzada arrebata a las víctimas de la protección estatal y deja a ella y su familia inertes frente a un complejo conjunto de delitos como la privación ilegal de la libertad, la tortura, y la violencia sexual. Este tipo de desaparición provoca efectos nefastos en el tejido social"(Quevedo Hidalgo 2014: 30-31).

En el caso de México, donde no existe un conflicto armado interno como el de Colombia, sino un problema grave de orden público causado por la amalgama entre abusos de algunos agentes de la fuerza pública, políticos corruptos y miembros de organizaciones criminales, principalmente pertenecientes a los carteles del narcotráfico, vale la pena analizar las herramientas de justicia transicional que podrían ser válidas para ayudar a aliviar la demanda de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Desca) en el contexto del fenómeno de desaparición forzada de personas, como parte de un plan integral de políticas públicas, que bien encaja dentro de una visión holística de la justicia restaurativa

y de justicia retributiva negociada que involucra verdad, reparación y garantía de no repetición.

Al igual que en Colombia, el número de desapariciones forzadas en México varía según la fuente, lugar y momento histórico. En el Estado de Coahuila de Zaragoza y en los delitos de desaparición forzada –tipificado como Desaparición de Persona–, ocurridos entre febrero de 2007 y julio de 2012, reportados por las organizaciones civiles tales como Fuerzas Unidas por Nuestros Desaparecidos en Coahuila (FUUNDEC), quienes informaron de 258 casos con una impunidad de casi el cien por ciento (Grupo de Trabajo sobre Personas Desaparecidas en Coahuila 2012).

Como consecuencia de lo anterior, el 9 de septiembre de 2012, el Gobernador de Coahuila de Zaragoza, Rubén Moreira Valdez, junto con FUUNDEC, el Centro Diocesano de Derechos Humanos Fray Juan de Larios y el Centro de Derechos Humanos Juan de Gerardi con la presencia de testigos de la oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos conformaron el Grupo Autónomo de Trabajo (GAT) de Coahuila de Zaragoza, con el fin de diagnosticar, evaluar, sugerir y tomar acciones concretas y concertadas para combatir el delito y responder a las expectativas de las familias de las víctimas de la desaparición forzada (Grupo de Trabajo sobre Personas Desaparecidas en Coahuila 2012). Acciones que, comparadas con otros Estados hasta la fecha, han hecho de Coahuila uno de los más abiertos en México para explorar soluciones en cuanto la búsqueda, identificación e investigaciones se refiere. Permitiendo impulsar políticas públicas, reformas e iniciativas legislativas, capacitación, fortalecimiento de la sociedad civil, trabajo en la construcción de confianza con las instituciones y apoyo internacional. Pese a lo anterior hay mucho camino por recorrer y avances por lograr, principalmente, en materia de investigación criminal y juzgamiento de los responsables.

II. Propósito y metodología de este análisis

El propósito de este artículo es motivar una reflexión que nos lleve a analizar con mente abierta la problemática y explorar soluciones más efectivas frente al fenómeno criminal de la desaparición forzada en el marco de los derechos Desca, haciendo énfasis en cuanto al acceso a la justicia y medios de reparación a que tiene derecho los familiares de las víctimas de las personas desaparecidas.

Para ello, se acude a bases teóricas y jurisprudenciales de la literatura jurídica nacional e internacional y a un recorrido por las experiencias vividas en otros países como Colombia.

Las respuestas y soluciones concretas de las demandas de los familiares de desaparecidos, en gran parte dependen del ejercicio decidido y sincero de la voluntad política e iniciativa del Estado en el cumplimento de sus obligaciones con los afectados o víctimas indirectas, la población mexicana y la comunidad internacional. Satisfacer las necesidades de los familiares de las víctimas de desparecidos también está estrechamente ligada a la participación, presión e iniciativa de los grupos de la sociedad civil que exige del Estado la activación de mecanismo, procedimiento y abanico de políticas públicas, dentro de un ambiente de consenso y equilibrio entre la justicia retributiva y la justicia restaurativa.

Para argumentar esta reflexión es importante tener en cuenta referencias normativas y jurisprudenciales, y en especial algunas decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Adicionalmente, el autor hace énfasis en la aplicación de la justicia transicional como mecanismo para lograr mayor alivio a las expectativas de las familias de las víctimas del delito de desaparición forzada.

III. Antecedentes internacionales sobre la protección en contra de la desaparición forzada

Antes, cuando la voz del rey era la ley, y éste era amo y señor todos los poderes en el ejercicio ejecutivo, legislativo y judicial, la desa-

parición forzada como estrategia política no era necesaria. Decía el rey: *El poder soy yo*. Por ende, las ejecuciones públicas y arbitrarias fueron parte de su demostración de poderío. El monarca no respondía por graves violaciones a los derechos humanos, ni tampoco tenía que ocultar sus ejecuciones arbitrarias. Ellas se hacían en las plazas públicas y frente a los ojos de todos, ya que esto servía para lograr mayor obediencia (Botero Bedoya 1996: 8).

Actualmente, el fenómeno criminal de desaparición forzada ha sido utilizada como una estrategia política, intimidatoria y de guerra sucia, no solamente en regímenes autoritarios o militares, sino en Estados formalmente democráticos. La lista es grande alrededor del mundo: Alemania durante la Segunda Guerra Mundial; Argentina entre 1976-1987; Camerún; Chile después del golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973 hasta 1976; Colombia; Egipto; El Salvador; España durante el régimen franquista (1939-1975); Guatemala desde 1966; Haití; Honduras; Kenia; México; Perú entre 1980 y 2000; Siria y Uruguay, entre otros.

La injerencia del derecho internacional público y en especial, del derecho internacional humanitario en el ámbito de la protección de los derechos humanos ha sido fundamental en la lucha contra este flagelo a la humanidad, que tiene como pretexto ideologías nacionalistas o de izquierda, la guerra fría o doctrinas como la Seguridad Nacional.

Debido principalmente al constante trabajo de la Cruz Roja Internacional en la necesidad de humanizar los conflictos armados, la Organización de las Naciones Unidas (Onu) canalizó, en materia de desaparición forzada, un llamado a la comunidad internacional para tomar medidas en contra de esta grave práctica sistemática y generalizada de violación a los derechos humanos. Fue así como mediante *Resolución 33/173 de 1978* de la Organización de Naciones Unidas se llama la atención mundial sobre la grave situación de las personas desaparecidas forzadamente, y exhorta a los Estados a luchar contra este fenómeno criminal. Adicionalmente, solicita a la Comisión de Derechos Humanos de la Organización a hacer

un diagnóstico y formular recomendaciones al respecto. Preocupación que se materializa con la adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, mediante *Resolución 47/133* del 18 de diciembre de 1992, de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

El concepto de desaparición forzada como crimen de esa humanidad ha venido evolucionando. Uno de los primeros antecedentes se encuentra en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas adoptada en Brasil el 9 de junio de 1994, por la Organización de los Estados Americanos (Oea) señala en su artículo II, que:

> "Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes".

Por su parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Cpi) de 1998, vigente desde el 2002, define el delito de desaparición forzada de personas en su artículo 7.2 i):

> "[…] la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado".

Otro antecedente importante es la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006, que entra en vigor en diciembre de 2010.

1. *Afectación tridimensional del delito de desaparición forzada en el marco de los derechos humanos.*

La grave afectación de los bienes jurídicos supranacionales (universales) protegidos por la comunidad internacional en relación con la problemática del fenómeno criminal de desaparición forzada está íntimamente ligada a la protección de los derechos humanos con bases normativas y consuetudinarias.

En el contexto del Derecho Internacional Público, el delito de desaparición forzada se presenta en tres niveles de afectación que encajan dentro de las tres generaciones de los derechos humanos desarrolladas por la doctrina internacional (Uribe Vargas 1983: 20, 22; Camargo 1995: 19).

Por su naturaleza pluriofensiva, este delito afecta a las víctimas directas, sus familiares, y la comunidad nacional e internacional; sin embargo, la afectación se expresa con diferente intensidad, según la generación de derechos humanos a la que nos referimos.

A nivel de la Primera Generación de Derechos Humanos hay una afectación grave y directa a los derechos de las víctimas directas del delito de desaparición forzada en cuanto menoscaba la vida, integridad personal, libertad, seguridad personal, derecho a ser tratado con humanidad, a su residencia, su intimidad y honra, entre otros derechos propios de la esencia del ser humano (Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, inspirada en la Revolución Francesa).

En el segundo nivel de afectación, el delito de desaparición forzada, por la situación de incertidumbre y espera, menoscaba gravemente a las familias de las víctimas –víctimas indirectas– sus derechos sociales y económicos como es el derecho a la propiedad, derecho al trabajo, educación, salud, descanso, derecho a la seguridad social, derecho a la familia, entre otros derechos que buscan asegurar la igualdad entre los ciudadanos (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966).

En tercer lugar, el delito de desaparición forzada afecta gravemente a la colectividad nacional e internacional ya que genera un ambiente de terror, zozobra, inseguridad, frustración, impotencia indefinida que perturba la paz, la tranquilidad, el desarrollo y medio ambiente que corresponden al derecho a la solidaridad, conocido como Tercera Generación de los Derechos Humanos, y que se resumen, según la doctrina, al derecho a la paz, el desarrollo, el medio ambiente y el respeto del patrimonio común de la humanidad.

IV. Antecedente y desarrollo conceptual del derecho al acceso a la justicia

El concepto de acceso a la justicia corresponde definirlo a la ciencia normativa del deber ser que describe la relación social que existe entre los sujetos de derecho y la norma que le otorga ese derecho (Kelsen 1953: 25). El acceso a la justicia hace parte de un conjunto de normas jurídicas del Estado –derecho objetivo– que otorga facultad o poder a una persona o a un grupo de personas para exigir, realizar o dejar de realizar libremente determinados actos –derecho subjetivo– (Monroy Cabra 1994: 7, 200). Si bien, el concepto del derecho de acceso a la justicia corresponde al mundo normativo del deber ser, éste "no se agota con la actuación judicial que concluye en la sentencia. La parte que no ha visto satisfecha su pretensión tiene el derecho a utilizar todos los mecanismos tendentes a lograr el efectivo cumplimiento del fallo" (Cifuentes Muñoz 1999: 288). Por lo tanto, el concepto de acceso a la justicia es un derecho que exige ser materializados en el mundo del ser, dentro de un contexto axiológico y en el marco del respeto a los derechos humanos. Este no puede quedar en el discurso del deber ser o en la voluntad política del gobierno de turno.

En la literatura jurídica, la definición del acceso a la justicia ha evolucionado con diferentes matices que corresponden a distintos momentos históricos y ubicaciones geopolíticas. De la misma manera como el delito de desaparición forzada tiene un afectación tridimensional en el marco de los derechos humanos, el derecho

al acceso a la justicia de las víctimas y familiares de víctimas del delito de desaparición forzada tiene una dimensión tripartida que responde a las tres generaciones de derechos humanos, así:

1) El acceso a la justicia a favor de la defensa de los derechos civiles y políticos de la primera generación de derechos humanos se desarrolla después de la Revolución Francesa, en 1789. (Marabotto Lugaro 2003: 292).

2) Más adelante, el acceso a la justicia tiene cabida para reclamar los derechos económicos, sociales y culturales que se inician como resultado de la Revolución de Industrial.

3) El acceso a la justicia exige una respuesta en el marco de los derechos de los pueblos y la solidaridad expresados en el derecho a la paz, desarrollo y medio ambiente, propios de la tercera generación de derechos humanos, que se desarrollan, principalmente, después de la Segunda Guerra Mundial y la era de la globalización.

En sus inicios, la evolución histórica de derecho al acceso a la justicia está ligada a la prohibición a los ciudadanos de parte del Estado para aplicar la justicia por su propia mano. En consecuencia, es una obligación del gobierno facilitar y garantizar el pleno ejercicio del derecho al acceso a la justicia para solucionar los conflictos producto de la dinámica y tensiones entre los miembros de la sociedad (Marabotto Lugaro 2003), y mantener así el monopolio de la investigación y juzgamiento en materia penal. De lo contrario, surgen pequeños *Estado independientes* al margen del Estado de Derecho que menoscaban su legitimidad y propician frustración y caos en la sociedad.

Respondiendo a estos antecedentes históricos, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al referirse al acceso a la justicia, en el artículo 17, reza:

> "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para

> impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales".

Adicionalmente, el Estado mexicano a través de la Ley General de Víctimas de 2013, en su artículo 10, define el derecho al acceso a la justicia de las víctimas como un recurso judicial y efectivo en un sentido estrictamente institucional.

La doctrina mexicana, por su parte, señala que el acceso a la justicia puede verse desde dos ámbitos: institucional e integral. El primero se refiere al sistema administrativo de justicia como tal dentro de la estructura general del gobierno, con forme al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos de México . De otro lado, el ámbito integral hace referencia a políticas públicas en las ramas del poder que sirven como instrumento para la transformación de las relaciones del poder en busca de igualdad de oportunidades, en especial para la población más vulnerada (Álvarez 2013).

Según jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de México, mediante Ejecutoria número *P./J. 113/2001*, interpretando el alcance y sentido del párrafo segundo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se garantiza a favor de los gobernados el acceso a la justicia como un derecho fundamental "[…] que consiste en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, permita obtener una decisión en la que se resuelva sobre las pretensiones deducidas" (Suprema Corte de Justicia, *P./J. 113/2001*).

De otro lado, la Corte Constitucional de Colombia, mediante sentencia *T-283/13* se refiere al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia como la posibilidad de una persona, grupos de personas o personas jurídicas para exigir el cumplimiento de la ley y la protección o restablecimiento de los derechos e intereses legítimos ante los jueces y tribunales, en el marco del Estado de

Derecho. La sentencia divide las obligaciones del Estado frente al derecho de acceso a la justicia en tres categorías:

1) Las obligaciones de respetar, lo cual implica un compromiso de facilitar a todos los ciudadanos la realización del acceso a la justicia y de evitar prácticas discriminatorias.

2) De proteger a los titulares de este derecho para que no existan manipulación, interferencias indebidas u obstrucciones.

3) Que se realice o se haga efectivo, que implica facilitar las condiciones y hacer real y efectivo el pleno goce del derecho al acceso a la justicia, en concordancia con el artículo 229 de la Constitución Política de Colombia.

Si bien, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, la obligación del Estado en materia del derechos al acceso a la justicia es tripartita, en la doctrina mexicana, el derecho al acceso a la justicia implica una amplia gama de responsabilidades del Estado como las reformas normativas y estructurales del gobierno que afectan el acceso a la justicia; la aplicación sistemática de una política criminal coherente con la realidad y una verdadera articulación de está con las políticas públicas; la implementación de mecanismos jurídicos sencillos, rápidos y efectivos; la protección al derecho a la igualdad y a la no discriminación; la aplicación de protocolos y estándares de derechos humanos por parte de los operadores del sistema de justicia; la aplicación del principio de independencia, autonomía y eficacia; el fortalecer la confianza de la población civil en el sistema de justicia mediante programas de capacitación y socialización (Neiro Monroy y Centro de Derechos Humanos *Fray Francisco de Vitoria O.P.* 2010: 4, 8-10). El artículo 17 de la Constitución Mexicana es una ventana abierta para contemplar la posible aplicación de mecanismos de justicia transicional para enfrentar el fenómeno de desaparición forzada y aliviar las expectativas de los familiares de las víctimas.

De otro lado, en el orden del derecho internacional cabe destacar la protección el derecho al acceso a la justicia en la Convención

Americana sobre Derechos Humanos de 1969, conocido como Pacto de San José de Costa Rica, que entró en vigencia en 1978, en el artículo 8, que señala que:

> "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

De igual manera, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 14,1 se indica:

> "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil…".

1. *Afectación al pleno ejercicio del derecho al acceso a la justicia*

El pleno gozo al ejercicio del derecho al acceso a la justicia se ve amenazado por diferentes factores económicos, político, raciales, culturales, ideológicos, institucionales o estructurales. Las siguientes son algunas causas que menoscaban este derecho:

1) Abuso de autoridad, sin que existan mecanismos efectivos de control.

2) Desconocimiento en la aplicación de la ley de los defensores y operadores del sistema de justicia. En gran parte por la falta de los perfiles adecuados de los funcionarios judiciales o falta de experiencia de los abogados defensores en este tipo de casos.

3) Ineficacia en la aplicación de las decisiones judiciales por la carencia de habilidades gerenciales en los recursos humanos y téc-

nicos disponibles o falta de voluntad para hacer cumplirlas. Incluso, por inaplicabilidad de la misma ley.

4) Costos procesales que, aunque la justicia debe ser gratis para todos, este principio no es absoluto, pero cuando hay costos, estos deben ser asequibles para todos los miembros de la sociedad y no deben ser excesivos o desproporcionados (Saavedra Álvarez 2013: 1579; Marabotto Lugaro 2003: 297).

5) Cargas de trabajo de los operadores de justicia.

6) Formalismos legales y administrativo. En el campo del derecho, principalmente en los países latinoamericanos bien cabe la frase del poeta y político colombiano, Guillermo Valencia Castillo (1873-1943) "se sacrifica un mundo por pulir un verso". Es decir, las formalidades legales distraen la atención del contenido esencial y menoscaban el derecho de las víctimas al acceso a la justicia.

7) Limitaciones procedimentales y sustancias en materia de medidas alternativas para la resolución de conflictos y escases de mecanismos legales efectivos en la lucha contra la impunidad en fenómenos criminales como la desaparición forzada.

8) Falta de mecanismos jurídicos o políticas públicas para proteger a las personas o la colectividad de decisiones judiciales o administrativas injustas que afectan los derechos individuales, económicos, sociales, culturales y del ambientales (DESCA).

9) Metodología de investigación es un factor ausente de manera sistemática y generalizada de la investigación criminal.

10) Ausencia de análisis de la investigación criminal de contexto, como lo recomienda la comunidad internacional, es otro factor que afecta el pleno ejercicio del derecho al acceso a la justicia, en el sentido del artículo 17 de la Constitución Mexicana.

11) Existe una escasa cultura de criterios de priorización de casos para concentrar recursos, fortalecer el trabajo de equipo por

objetivos, maximizar el intercambio de información y evitar doble trabajo.

12) Prácticas discriminatorias basadas en factores políticos, económicos, religiosos, raza o ideologías de género (Re-victimización).

13) Falta de liderazgo y desconocimiento de conceptos de gerenciales básicos en el ejercicio de la administración de los recursos logísticos y humanos de la justicia. Lo que hace de la administración de justicia una justicia sin administración y sin justicia.

14) Escases de recurso humano, logístico técnico, que en gran parte debido a la falta de una cultura de gerencia, administración, liderazgo y gestión por el carácter político o clientelista de las directivas.

15) Falta de profesionalización de la administración de justicia. Fundamental pasar del Ministerio Público a la Fiscalía.

16) Inestabilidad de los agentes del ministerio público y la ausencia de estímulos laborales.

17) Poca capacitación y falta de planeación estratégica de la misma destinada a los ministerios públicos, investigadores y forenses.

18) Intimidación, miedo y altos riesgos por la cualificación de los perpetradores, colaboradores y la participación del crimen organizado.

19) Poca participación, interés o presión de la sociedad civil para visibilizar el problema a nivel local, estatal, nacional o internacional. Que se reduce a la falta de empoderamientos de la sociedad a través de mecanismos de control y censura pública. En una nueva era donde las redes sociales son instrumentos aliados para exigir gobiernos con transparencia.

20) Falta de unidad y trabajo integrado entre los colectivos de los familiares de las víctimas de desaparecidos.

21) Debilidad de los controles interno de responsabilidades disciplinarias.

22) Intereses de monopolios económico son un factor de corrupción al interior de las instituciones de justicia.

23) Falta de independencia y autonomía de la administración de justicia frente a los otros poderes del Estado (Neiro Monroy y Centro de Derechos Humanos *Fray Francisco de Vitioria O. P.* 2010: 3). Es tal vez una de las principales causas que opera en contra del derecho de las víctimas al acceso a la justicia.

24) La ausencia de una política criminal de carácter integral e institucionalizada que asegure el pleno goce del derecho al acceso a la justicia como fundamento para lograr la verdad, garantía de no repetición y reparación integral.

V. Antecedentes y desarrollo conceptual de la reparación integral

El énfasis en el tema de la reparación integral dentro del marco del derecho penal responde a la necesidad y un llamado de la comunidad internacional para que el protagonismo del Estado deje de girar en torno al acto criminal y el perpetrador y que se preste más atención y reconocimiento al sufrimiento de la víctima, la reparación del daño y la restauración de su dignidad. Respondiendo más a un concepto de la justicia restaurativa y no al de justicia retributiva (Uprimny Yepes Rodrigo *et al*. 2007). Dentro del fenómeno criminal de la desaparición forzada que vive México se requieren urgentemente mecanismos alternativos que permitan lograr un equilibrio entre hacer justicia en sentido retributivo y negociar la paz basada en la verdad, la reparación y la garantía de no repetición, que corresponden a los elementos de la justicia transicional.

El gobierno mexicano cuenta con la Ley General de Víctimas de 2013, por medio de la cual obliga a todas las autoridades, insti-

tuciones públicas y privadas a velar por la protección de las víctimas, asistencia o reparación integral. Según el último párrafo del artículo 1 de esta ley:

> "La reparación integral comprende las medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima teniendo en cuenta la gravedad y magnitud del hecho victimizante cometido o la gravedad y magnitud de la violación de sus derechos, así como las circunstancias y características del hecho victimizante."

Lo anterior en concordancia con el artículo 7, numeral II, y los artículos 27 y 28 en los que reconoce el derecho de las víctimas a ser reparadas por el Estado de manera integral, adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño sufrido, que permita reconocer, restablecer la dignidad de las víctimas y que el sufrimiento no vuelva a ocurrir.

Es importante advertir que esta ley señala expresamente que los derechos de ayuda, asistencia y atención a las víctimas tienen un carácter provisional, oportuno y rápido y que no sustituyen ni remplazan las medidas de reparación integral (Ley General de Víctimas 2013).

Adicionalmente, el Estado de Coahuila de Zaragoza promulgó su propia Ley de Víctimas en el 2014, con el objeto de fijar y coordinar acciones y medidas necesarias para que las autoridades estatales logren la reparación integral .

La ley establece un Sistema Estatal de Atención y Protección a Víctimas integrado por representantes de las tres ramas del poder. Adicionalmente, crea la Comisión Ejecutiva Estatal de Atención a Víctimas que en materia de reparación integral la faculta para formular políticas públicas integrales que canalicen eficazmente los recursos humanos, técnicos administrativos y económicos; proponer medidas de carácter obligatorio que faciliten y contribuyan a garantizar la reparación integral; crear una plataforma para consolidar, monito-

rear, seguir y evaluar la información a nivel estatal sobre políticas, programas, planes y acciones referentes a la reparación integral. Además, permite crear comités especiales cuando las circunstancia así lo requieran y brindar apoyo a las organizaciones de la sociedad civil.

Sumado a lo anterior, es importante recordar que el Estado de Coahuila de Zaragoza junto el Estado de Querétaro son los primeros de la Unión en aprobar leyes sobre la Declaración de Ausencia de las víctimas de desaparición, para proteger a los familiares y puedan tener acceso a beneficios, recursos y servicios sociales vinculados al desaparecido –como vivienda, salud, y educación– mientras se desconozca su paradero (Amnistía Internacional 2015: 14, 16). Aunque en la práctica su aplicación ha encontrado serios obstáculos de carácter constitucional que re victimizan a las víctimas y dificultan la realización de sus buenas intenciones.

Los anteriores mecanismos y procedimientos legislativos mexicanos responden a lo señalado en el Consenso mundial de principios y normas mínimas sobre trabajo psicosocial en procesos de búsqueda e investigaciones forenses para casos de desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales, producto de los Congresos Internacionales realizados en Guatemala en el 2007 y en Colombia en el 2010, en la que se presentan 16 normas o principios básicos recomendados como buenas prácticas de los gobiernos en aras de atender con éxito la lucha contra el fenómeno de desaparición forzada y satisfacer las necesidades de las víctimas y familiares de estas.

Uno de los principios orientadores de este consenso mundial de normas mínimas es el carácter reparador de todas las acciones desarrolladas en favor de las personas, familias, comunidades y sociedades para la resiliencia y afrontamiento en los casos de desaparición forzada que permitan la reparación de las víctimas (Consenso mundial de principios y normas mínimas n.d.: 31).

En la norma 6, sobre reparación integral, el Consenso mundial señala que dentro de las acciones necesarias para cumplir con los derechos y las expectativas de las víctimas deben integrarse expe-

riencias históricas y diferenciales en cada caso, según las necesidades étnicas, de edad y género. Recomienda buenas prácticas en la reparación integral que implica aspectos legales, morales, judiciales, históricos, económicos, sociales, cultuales y emocionales. Además del trabajo psicosocial, resalta la importancia de acciones simbólicas inherentes a la dignidad y respeto del ser humano.

Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969, en el artículo 63-1 garantiza el derecho a la reparación integral para víctimas de violaciones de derechos humanos.

Independientemente de los esfuerzos de las víctimas, organizaciones sociales, comunidad internacional y de los mecanismos o procedimientos establecidos por los gobiernos para lograr la reparación integral de las víctimas del delito de desaparición forzada, es válido afirmar la importancia de describir e identificar, específicamente las necesidades de las víctimas cuyas demandas varían según la ubicación geográfica y las circunstancias socio-económicas, políticas y culturales.

Con el propósito de ser más acertados en los esfuerzos colectivos para satisfacer las expectativas, el Comité Internacional de la Cruz Roja (Cicr) ha realizado investigaciones y entrevistas con los familiares de las víctimas en diferentes partes del mundo que permiten afirmar que, a pesar de compartir la misma condición humana de dolor y sufrimiento por causa del delito de desaparición forzada, no comparten las mismas necesidades o prioridades. La Cicr encontró que, en Nepal el 64% de los familiares de las víctimas entrevistadas tenían como necesidad y prioridad saber qué pasó con sus desaparecidos; como segunda prioridad, un 62% de los entrevistos se referían a la necesidad de la reparación integral que involucra el factor económico, salud, educación, trabajo y seguridad social, entre otros, y en tercer lugar, dejaron como prioridad las sanciones a los perpetradores. En cambio, en la República Democrática de Timor Oriental, antigua colonia portuguesa, ubicada en el Sureste Asiático, sólo el 30% de los entrevistados expresaron la

necesidad de conocer qué pasó con sus familiares desaparecidos, es 61% la necesidad de recibir algún tipo de reparación, y únicamente el 10% demandan sanciones contra los agresores; en otras regiones como en el grupo de repúblicas autónomas rusas en el norte de Cáucaso, cerca del 40% de las víctimas indirectas del delito de desaparición forzada aseguran sufrir de problemas psicológicos y como consecuencia de ello y la depresión, un 70% tienen problemas económicos, el 40% siguen buscando a sus familiares y de ellos, el 73% mantienen la creencia que sus familiares están vivos. Estos estudios comparados demuestran la importancia de trabajar con cifras y perfiles estadísticos descriptivos de los familiares de las víctimas, sus necesidades y escala o niveles de prioridades que involucre variables como la atención psicológica, apoyo económico, trabajo, educación, vivienda, salud, programas productivos, fortalecimiento de la participación social, apoyo legal para resolver la situación de los desaparecidos sin perjuicio de los derechos de los familiares afectados y las sanciones en contra de los responsables, entre otras prioridades (Reátegui *et al.* 2012: 41, 42).

VI. La Corte Idh frente al derecho al acceso a la justicia y la reparación integral en el delito de desaparición forzada

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Idh) ha hecho énfasis, repetida y sistemáticamente, en la obligación que tienen los Estados de adelantar con seriedad, eficacia y en un tiempo razonable las investigaciones, juzgamientos y condenas a los autores y partícipes de los delitos por desaparición forzada. Igualmente, sus sentencias han sido punto de referencia para reformas legislativas sobre los límites al fuero militar, la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, y la evolución en la jurisprudencia nacional sobre la protección a los derechos de los familiares de las víctimas de personas desaparecidas, especialmente, en cuanto al pleno acceso a la justicia y la reparación integral. Algunas de las sentencias de referencia son:

1. *Caso 1:* Rosendo Radilla Pacheco vs. México *[2009]*

Hechos: El 25 de agosto de 1974, en el estado de Guerrero, Radilla Pacheco, líder campesino y compositor de corridos, en presencia de su hijo fue detenido por miembros del Ejército, y pese a que posteriormente fue visto con vida en el cuartel militar de Atoyac de Álvarez, Estado de Guerrero, no se volviera a saber de su paradero.

Entre las decisiones de la Corte IDH, además de declarar al Estado mexicano responsable de graves violaciones a los derechos humanos y la necesidad de limitar la competencia del fuero militar a eventos que tienen estrictamente relación con la disciplina castrense y/o que afectan los bienes jurídicos propios de su naturaleza militar (Corte IDH *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*: 86). En la sentencia, la Corte exige el restablecimiento de los derechos de las víctimas y sus familiares para que puedan participar en forma efectiva y real en todas las etapas del proceso penal.

2. *Caso 2:* González y otras (Campo Algodonero) vs. México *[2009]*

Hechos: La desaparición de las menores Laura Berenice Ramos, (17 años), Claudia Ivette Gonzáles, (20 años) y Esmeralda Herrera Monreal (15 años), entre septiembres y octubre de 2001, cuyos cuerpos sin vida fueron encontrados con signos de violencia sexual, el 6 de noviembre de 2001, en un campo algodonero, en Ciudad Juárez, Chihuahua, México.

La sentencia exige al Estado que investigue y sancione administrativa, disciplinaria y penalmente a los funcionarios encargados de adelantar las investigaciones por irregularidades cometidas, y recuerda la obligación que tiene el Estado de investigar en forma real y eficaz para lograr la identificación y respectivas condenas de los responsables. Reproche el hecho de que los familiares de las víctimas formularon las correspondientes denuncias oportunamente, pero las autoridades se limitaron a enviar oficios, colocar carteles de búsqueda y no realizaron actividades de investigación para conocer la verdad de lo ocurrido y dar con el paradero de los perpetradores. El fallo de la Corte IDH reitera la importancia de la

participación de los familiares de los desaparecidos en las etapas procesales penales.

3. *Caso 3:* Gómez Palomino vs. Perú *[2005]*

Hechos: En la madrugada del 9 de julio de 1992, en Lima, Perú, un grupo de personas fuertemente armadas, que usaban pasamontañas, con uniformes y botas miliares penetraron de manera violenta al domicilio de Santiago Gómez Palomino (27 años de edad), lo golpearon, registraron su residencia, se lo llevaron y luego desapareció.

La sentencia reitera que el Estado tiene la obligación de combatir el delito de desaparición forzada de personas, y que la investigación debe hacerse con seriedad, no un simple formalismo que anticipa y asegura la impunidad. Agrega que la investigación no puede depender "de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad" (Corte Idh *Gómez Palomino vs. Perú*: 32).

En cuanto el derecho a la verdad señala que los familiares de las víctimas tienen el derecho a conocer lo que ocurrió sobre las graves violaciones de derechos humanos, y que al ser reconocido y ejercer ese derecho en una situación concreta "constituye un medio importante de reparación para la víctima y sus familiares y da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer. Por otra parte, el conocer la verdad facilita a la sociedad peruana la búsqueda de formas de prevenir el delito de desaparición forzada en el futuro" (Corte Idh *Gómez Palomino vs. Perú*: 32).

4. *Caso 4:* Masacre Mapiripán vs. Colombia *[2005]*

Hechos: El 15 de julio de 1997, miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia (Auc), privaron de la libertad, torturaron y desaparecieron alrededor de 49 personas, que luego fueron descuartizados sus cuerpos y arrojados al rio Guaviare, en el municipio de Mapiripán, Meta, en Colombia.

En el contenido de la sentencia se reprocha al Estado de no haber hecho lo necesarias para la recuperación de los cuerpos de las presuntas víctimas, lo cual menoscaba la satisfacción de los familiares de las víctimas y la sociedad al derecho a la verdad (Corte Idh *Masacre Mapiripán vs. Colombia*: 122).

Pese a la judicialización de 13 personas, entre militares y miembros de grupos armados, en este hecho criminal participaron más de 100 personas. La sentencia exige al Estado colombiano mayor atención en la lucha contra la desaparición forzada, y lo exhorta a que permita a los familiares de las víctimas participar en todas las etapas de la investigación y el juicio. En la sentencia se "reconoce las difíciles circunstancias por las que atraviesa Colombia en las que su población y sus instituciones hacen esfuerzos por alcanzar la paz. Sin embargo, las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado" (Corte Idh *Masacre Mapiripán vs. Colombia*: 140 y 141).

Al referirse a las medidas de satisfacción a las víctimas y sus familiares señala que es necesario crear un mecanismo de seguimiento a los procesos de reparación y de identificación de las víctimas; dar un trato digno y de respeto a las víctimas directas e indirectas; ofrecer garantías reales de seguridad para los pobladores y familiares de las víctimas; construir un monumento para dignificar a las víctimas y recordar en la memoria colectiva los hechos de la masacre de Mapiripán, como medida para prevenir que hechos tan graves se repitan; y capacitar en temas protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, los principios y normas que deben orientar a los miembros de sus cuerpos armados o de seguridad del Estado; ofrecer disculpa pública y reconocer la responsabilidad internacional, cuyo origen se encuentra en los actos u omisiones de cualquier poder u órgano del Estado sin importar su jerarquía (Corte Idh *Masacre Mapiripán vs. Colombia*: 169-175).

5. *Caso 5:* 19 Comerciantes vs. Colombia *[2004]*

Hechos**:** Los días 6 y 7 de octubre de 1987, un grupo de paramilitares retuvieron, asesinaron y desaparecieron los cuerpos de 19 comerciantes, con el argumento de que eran colaboradores de la guerrilla, en el municipio de Puerto Boyacá, departamento de Boyacá, región del Magdalena Medio, en Colombia.

La sentencia hace énfasis en el derecho de acceso a la justicia y que éste "no se agota en que se tramiten procesos internos, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables"

La razonabilidad del plazo (Corte IDH *19 Comerciantes vs. Colombia*: 91) hace referencia al tiempo requerido para investigar efectivamente, identificar, juzgar y sancionar a los autores materiales e intelectuales teniendo en cuenta los tres factores siguientes:

1) La complejidad del asunto, que implica el tipo y gravedad del delito, número y característica de las víctimas, el impacto a la tranquilidad de la sociedad, las características y el número de los perpetradores, la cantidad de pruebas recogidas desde el inicio de la investigación, la situación de orden público, factores políticos y geográficos y otros.

2) La actividad procesal del interesado, como es la participación real y efectiva de las víctimas, familiares y abogados para interponer los recursos jurídicos necesarios o impulsar la investigación y el proceso en general.

3) La conducta de las autoridades judiciales, que se expresa en el compromiso, voluntad y liderazgo institucional; diligencia y cuidado, aplicación de una metodología de la investigación, capacitación, motivación, perfil de los funcionarios a cargo de los casos para investigar y juzgar. Estos son criterios a considerar en una interpretación del artículo 8.1 de la Convención Americana que se refiera a la razonabilidad del plazo.

6. *Caso 6:* Velásquez Rodríguez vs. Honduras *[1988]*

Hechos: Manfredo Velásquez Rodríguez, estudiante de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, fue detenido en Tegucigalpa, el 12 de septiembre de 1981, por miembros de la Dirección Nacional de Investigación y del G-2 (Inteligencia) de las Fuerzas Armadas, sin orden judicial. Luego, el 17 de septiembre de 1981 fue trasladado al I Batallón de Infantería y desde allí no se volvió a saber nada de Velásquez Rodríguez.

Uno de los puntos relevantes de la sentencia es la aplicación del principio de legalidad flexible para proteger la dignidad humana en cuanto se refiere a la tipificación del delito de desaparición forzada. La Corte señala que: "Si bien no existe ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad […]" y que la Asamblea de la Oea ha considerado este delito un crimen de lesa humanidad y una afrenta a la conciencia universal (Corte Idh *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*: 31 y 32).

Por otro lado, en materia de convicción probatoria, indica que aunque no fue posible probar que el hecho fue cometido por agentes que actuaron bajo la cobertura de una función pública, "la circunstancia de que el aparato del Estado se haya abstenido de actuar, lo que está plenamente comprobado, representa un incumplimiento imputable a Honduras de los deberes contraídos en virtud del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"(Corte Idh *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*: 38) que lo obligaba a garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos de Velásquez Rodríguez.

VII. Acceso a la justicia y reparación a las familias víctimas de desaparición forzada en Colombia

Para el desarrollo de esta sección el autor presenta el tema en un *paquete* normativo y jurisprudencial que apuntan a legislación y al pronunciamiento de las altas cortes, en conjunto con la experiencia colombiana en materia antropología.

1. *Paquete normativo*

El delito de desaparición forzada en Colombia ha sido parte del amplio catálogo de graves violaciones de derechos humanos ocurridas durante el conflicto armado como una estrategia de un sector de la fuerza pública, de los grupos paramilitares y; en menor escala, de los grupos guerrilleros y de narcotraficantes.

El fenómeno criminal ha sido de tal magnitud que su prohibición adquirió rango constitucional dentro de los Derechos Fundamentales, en el Titulo II, del Capítulo 1, artículo 12, que señala: "nadie será sometido a desaparición forzada. Por su parte, en el Estado de Coahuila de Zaragoza, con la presión de los colectivos de las familias de desaparecidos y la participación del Grupo Autónomo de Trabajo (Gat), en mayo de 2014 se reformó la constitución política en el artículo 7, y se prohibió la desaparición de personas realizadas por agentes el Estado, personas o grupos de personas.

En Colombia la desaparición forzada fue tipificada como delito en la Ley 589 de 2000, que se integró al Código Penal (Ley 599 de 2000). Por su parte, teniendo en cuenta la sentencia de la Corte Idh en el caso de *Radilla Pacheco vs. México* el Estado de Coahuila creó el tipo penal autónomo del delito de desaparición forzada en el artículo 212 bis del Código Penal, con un amplio catálogo de verbos rectores, en mayo de 2014.

La legislación colombiana al igual que el Estado de Coahuila han establecido mecanismos legislativos de protección para las víctimas y familiares de personas desaparecidas. En Colombia, algunas de estas herramientas normativas son:

1) Ley 589 de 2000: tipifica como delito la desaparición de personas, crea la Comisión de Búsqueda de Personas Desparecidas; crea el Registro Nacional de Desaparecidos, estableció la administración de los bienes de las personas víctimas del delito de desaparición forzada; instituye el Registro de personas capturadas y detenidas y; establece los Mecanismo de Búsqueda Urgente

2) Junto con el Código Penal Ley 599 de 2000 que acoge el tipo penal, está el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004 – Sistema Acusatorio) que en el artículo 11 contempla el acceso a las víctimas a la administración de justicia.

3) Decreto Reglamentario 4218 de 2005: diseña, implementa, pone en funcionamiento y reglamenta el Registro Nacional de Desaparecidos.

4) Ley Estatutaria 971 de 2005: implementa los Mecanismo de Búsqueda Urgente.

5) Decreto 051 de 2005 de la Alcaldía de Bogotá: reglamenta la aplicación de beneficios y exime del cumplimiento de las obligaciones tributarias a cargo de víctimas de secuestro y de desaparición forzada por un término máximo de diez (10) años a partir de la ocurrencia de los hechos.

6) Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005): regula la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, siempre y cuando garanticen los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y garantía de no repetición.

7) Decreto 929 de 2007: reglamenta la Comisión de Búsqueda de Personas Desparecidas.

8) Ley 1408 de 2010 (Ley de homenaje a las víctimas del delito de desaparición forzada): rinde homenaje a las víctimas, adopta medidas para su localización e identificación y brinda asistencia a sus familiares durante el proceso de entrega de los cuerpos o restos

exhumados. Crea el Banco de Perfiles Genéticos de Desaparecidos (Dna y muestras biológicas como sangre o células óseas). Establece un programa de Acción Social para proveer los recursos necesarios para solventar los gastos funerarios, de desplazamiento, hospedaje y alimentación durante todo el proceso de entrega de cuerpos o restos, cuando la víctima haya sido identificada. Declarada como Santuario de la Memoria los lugares donde, de acuerdo con la información suministrada por la Fiscalía General de la Nación, se presuma la existencia de cuerpos o restos de las personas desaparecidas forzadamente, y se levantara un monumento en honor a las víctimas.

Además, establece que la última semana de mayo, en el marco de la Semana de los Detenidos–Desaparecidos, y el treinta (30) de agosto, Día Internacional de los Desaparecidos, la memoria histórica de las víctimas de desaparición forzada serán objeto de conmemoración. Para ello los establecimientos educativos públicos y privados y las autoridades nacionales, departamentales y municipales rendirán homenajes con la realización de foros, conferencias, talleres y jornadas de reflexión referentes al derecho a la memoria, a la verdad, a la vida y al respeto por los derechos humanos.

9) Ley 1448 de 2011 (Ley de víctimas y restitución de tierras): establece un amplio catálogo de derechos de las víctimas dentro y fuera de los procesos judiciales. Aunque los objetivos principales de la ley son la restitución de tierras e indemnizaciones económicas de las víctimas individuales o colectivamente que hayan sufrido un daño causado con ocasión del conflicto armado interno por hechos a partir del 1o de enero de 1985; la ley sienta las bases para la implementación de políticas públicas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas de desaparición forzada y sus familiares. Provee una indemnización establecida por el Estado y no de manera particular, hasta por un máximo de (40) salarios mínimos mensuales legales. La ley excluye como víctimas a las familias de los miembros de la guerrilla que haya afectadas por la desaparición forzada. Sin embargo, esta regulación genera dificultades y

una gran controversia por los casos de ejecuciones extrajudiciales, conocidos como *falsos positivos*.

La ley crea el Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas junto con la Red Nacional de Información para la Atención y Reparación que sistematiza y facilita el reconcomiendo de los derechos de las víctimas, según las políticas públicas formuladas, implementas y monitorias por el primero. Además, crea el Centro Nacional de Memoria Histórica para asegurar y conservar en la conciencia colectiva de los colombianos los hechos que llevaron a la violencia y violación a los derechos humanos, como parte del derecho a la no repetición.

10) Ley 1531 de 2012 (Crea la Acción de Declaración de Ausencia por Desaparición Forzada y otras formas de desaparición involuntaria y sus efectos civiles): fue una gran victoria de las organizaciones de familiares y del Comité Internacional de la Cruz Roja en la lucha contra la re-victimización. La ley permite continuar la personería jurídica de los desaparecidos, la conservación de la patria potestad de los hijos menores, protege el patrimonio y garantiza la protección de los derechos de la familia y los hijos menores a percibir los salarios, cuando se trate de un servidor público.

Todo lo anterior, mediante la Declaración de Acción de Ausencia por Desaparición Forzada proferida por el juez civil del último domicilio del desaparecido o de la víctima. Esta declaración incluye al compañero o compañera permanente y pareja del mismo sexo, tercer (3) grado de consanguinidad, segundo (2) de afinidad.

2. *Jurisprudencia colombiana*

En Colombia se han registrado avances significativos en material de protección a las víctimas y familiares de las víctimas de desaparecidos; sin embargo, la jurisprudencia es la que ha ido a la vanguardia en la exigencia de la aplicación real y efectiva de esta normatividad.

De otro lado, la Corte Constitucional de Colombia, mediante Sentencia *C-454* de 2006, con ponencia del magistrado Jaime Córdova Triviño, unifica los derechos de las víctimas en los procesos penales por delitos de graves violaciones de derechos humanos como desaparición forzada. En este sentido la jurisprudencia expresa que los derechos de las víctimas están divididos así:

1) Derecho a la verdad (¿quién?, ¿por qué? ¿cómo? ¿dónde? ¿cuándo?), que a su vez está dividido en:

a) El derecho inalienable a la verdad: que se refiere la verdad colectiva del pueblo.

b) El derecho de las víctimas a saber: Conocer la verdad ante la justicia para determinar la suerte y el paradero de la víctima.

c) El deber de recordar: se refiere a que el pueblo no olvide su historia como parte de su patrimonio.

2) Derecho a que se haga justicia (que no haya impunidad)

a) El deber del Estado de investigar y sancionar a los autores y participes.

b) El derecho a recursos judiciales efectivos (*habeas corpus acción de tutela*).

3) El derecho a la reparación integral (dimensión individual y colectiva) que hace referencia a

a) Indemnización como el pago económico por los daños causados.

b) Rehabilitación, que implica las medidas para recuperarse de los efectos del delito, por ejemplo, con atención médica o psicológica.

c) Satisfacción, que se refiere a las medidas para recuperar la dignidad y el buen nombre de la víctima y su familia (perdón, monumentos en honor a las víctimas.

d) No repetición, que hace referencia a las medidas para evitar que se vuelva a cometer el delito. (reformas legislativas e institucionales, fortalecimiento de la sociedad civil, educación y memoria histórica, no impunidad).

De otro lado, la Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal –Sistema inquisitivo) reconoce a las víctima como parte en igualdad de condiciones que la Fiscalía y el procesado, en cuanto a sus derechos; sin embargo, en la práctica, los fiscales de la Unidad Nacional de Fiscalía contra los Delitos de Desaparición y Desplazamiento Forzados, -creada en el año 2010 y que conoce de los delitos de desaparición forzada- no siempre permiten a las víctimas el pleno gozo de este derecho para que conozcan del material probatorio de la investigación, de las labores de investigación, líneas de investigación o el plan metodológico del mismo. Alegan los funcionarios que por mandato constitucional la tarea de investigación está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación.

Al respecto, sostiene la Corte Constitucional en la misma Sentencia *C-454* de 2006, que desconocer el acceso de las víctimas a la indagación desde sus inicios reduce la posibilidad de aporte de pruebas e información relevante sobre los hechos dentro del proceso. Las víctimas no pueden ser invitadas de piedra en los procesos penales. El acceso a la justicia permite el camino de las víctimas para alcanzar el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación, y ésta a su vez, permite alcanzar una paz estable y duradera dentro de la sociedad.

Un hipotético ideal en esta lucha por los derechos es que el protagonismo de las víctimas en el desarrollo de los procesos judiciales les permita presentar formalmente teorías del caso, diseñar líneas de investigación, formular preguntas, aportar y practicar pruebas, obtener protección para su seguridad cuando sea necesario, denun-

ciar bienes de los grupos implicados en el delito de desaparición forzada, recibir asistencia y representación legal gratuita, interprete cuando sea del caso, libre acceso a los archivos estatales y formular su pretensión de reparación integral.

Adicionalmente, la Corte Constitucional, mediante sentencia *C-394* de 2007, con ponencia del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, otorga a los familiares de las víctimas del delito de desaparición forzada el derecho a continuar recibiendo el pago de salarios, honorarios, prestaciones sociales y pensión. Lo anterior, como consecuencia de una amplia interpretación jurisprudencial del contenido de la Ley 986 de 2005, que sólo reconocía estos beneficios a las víctimas del delito de secuestro, sus familiares o personas que dependan económicamente de ellas, con fundamento en el principio de solidaridad social y cumplimiento de los deberes del Estado.

3. Experiencia antropológica

En Colombia, en materia de derechos de las víctimas de desaparición forzada y de sus familiares, la participación de los(as) antropólogos(as) forenses ha sido protagónica en las diferentes fases de los protocolos de investigación, la búsqueda, la identificación de cadáveres y la entrega de los mismos. Incluso, la antropología ha permitido describir el *modus operandi* de los victimarios, más allá de los limites propios del proceso judicial, toda vez que ha permitido un mejor análisis de contexto de la investigación criminal como parte de la metodología utilizada.

> "La Antropología Forense, ciencia desde la que se analiza este caso y se narra este informe, permite reconocer las evidencias que a partir de la lectura de los cadáveres, las fosas y el contexto dan a conocer lo sucedido en hechos violentos como los ocurridos en Puerto Torres. A través de esta disciplina se reconocen las voces de quienes han sido víctimas sobrevivientes, pero, más allá de estas voces, se interpretan las voces de las víctimas fatales por medio del estudio de sus restos óseos. De esta forma, la Antropología Forense aporta a la construcción de la memoria desde métodos técnicos y científicos que sustentan

la reconstrucción de acciones ejecutadas" (Cnmh-Quevedo Hidalgo 2014: 230-231).

Desafortunadamente, México la participación de la antropología forense es motivo de preocupación toda vez que sólo hasta ahora se le está dando la relevancia requerida desde mucho tiempo atrás. Lo anterior, debido a una visión corta y asistemática en la metodología de investigación y análisis de información por parte de funcionarios ministeriales, investigadores y forenses de las Procuradurías Generales de Justicia de los Estados. En contraste a esta posición, en Coahuila, por ejemplo, han sido las organizaciones de los familiares de las personas desaparecidas como Fuerzas Unidas por Nuestros Desaparecidos de Coahuila (Fuundec), el Centro de Derechos Humanos Fray Juan de Larios, con el apoyo de la comunidad internacional los que han logrado avances significativos sobre la importancia de la participación y el papel de los antropólogos forenses en las investigaciones de este fenómeno criminal. Las organizaciones nacionales en la búsqueda de los desaparecidos han entendido, como lo han entendido en otros países en Latinoamérica, que a la mano de la antropología forense es más fácil dar respuestas a las expectativas de los familiares en materia de justicia, verdad, reparación y garantía de no repetición. Pero principalmente en cuanto a la identificación de restos óseos de las víctimas, que finalmente permite a los familiares elaborar el luto.

VIII. Compartir elementos de justicia transicional en la lucha contra el delito de desaparición forzada (Colombia-México)

En Colombia, la Corte Constitucional ha logrado cristalizar los derechos de las víctimas y familiares de las víctimas del delito de desaparición forzada dentro del concepto de la justicia transicional. Tratar este fenómeno fuera del contexto de una justicia extraordinaria resulta frustrante, como efectivamente ha pasado en México.

Entendida la justicia transicional como un conjunto de mecanismos judicial y extrajudicial extraordinarios para lograr el equilibrio entre la justicia y la paz en situaciones de conflicto o posconflicto, cuando la justicia ordinaria es insuficiente. La justicia, la verdad, la reparación y la garantía de no repetición son los elementos esenciales de la justicia transicional. Por ente, ante la problemática extraordinaria del fenómeno criminal de desaparición forzada que se vive en México, pensar en la utilización de mecanismos adicionales o complementarios propios de la justicia transicional en una lógica conclusión. Aunque sin duda, para ellos se requiere que el consciente colectivo del país logre pensar *fuera de la caja*, empezando por entender los elementos y mecanismo desarrollados por la justicia transicional. La justicia transicional involucra una gama de conceptos jurídicos, interdisciplinarios y de política pública que interactúan sistemáticamente, que requieres de una visión holística y de negociación entre hacer justicia y negociar la paz (Vélez Gutiérrez 2015: 113).

La experiencia de las víctimas del delito de desaparición forzada en Colombia, en cuanto a las expectativas del acceso a la justicia, abarca más allá del proceso judicial penal y en algunas ocasiones las obliga a aplazar –no declinar ni renunciar– las respuestas judiciales penales correspondientes (Centro Nacional de Memoria Histórica 2016: 473). Sin embargo, entender esta postergación por parte de las víctimas no ha sido tarea fácil en Colombia ni lo es en México. Pero hacerlo permitiría a las víctimas reducir los riesgos, niveles de frustración y retomar lo más pronto sus vidas cotidianas ayudando a aliviar los efectos del pos-trauma en el ámbito personal, familiar, laboral, educativo, económico, social y culturales en general.

1. *Legislación colombiana en el marco de la justicia transicional*

En la Colombia del siglo XXI, la justicia transicional ha sido herramienta fundamental en la respuesta de las expectativas de las víctimas de desaparición forzada y de sus familias. La aplicación de

mecanismos y procedimientos judiciales no judiciales de la justicia transicional se han dado en el marco de dos grandes movimientos hacia la paz, fundamentalmente. Primero, en el proceso de entrega y desmovilización de los grupos paramilitares a través de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 del 2005). Segundo, con el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera con las Farc, firmado en Cartagena el 26 de septiembre de 2016 y sus modificaciones en el Acuerdo Final del 24 de noviembre de mismo año, firmado en el Teatro Colon de Bogotá D.C. Veamos en qué consisten estos dos movimientos que acunan entre los dilemas de hacer justicia o negociar la paz.

a. Ley de Justicia y Paz (Ley 975 del 2005)

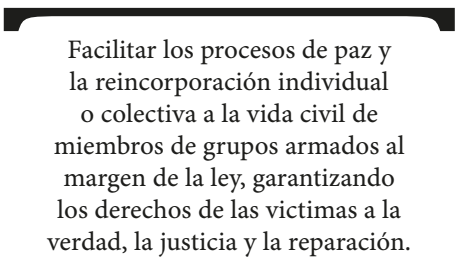


Figura 1

En términos de hacer justicia y negociar la paz, dentro del marco de la justicia transicional lo más importante es el concepto de *alternatividad* de la Ley 975 de 2005 que permite suspender la ejecución de la pena por graves violaciones de derechos humanos, reemplazándola por una pena alternativa entre 5 y 8 años, siempre y cuando haya verdad, reparación y garantía de no repetición.

Adicionalmente, dentro del marco de esta ley de justicia transicional ha habido un importante desarrollo legislativo en materia de desaparecidos como la Ley 1408 de 2010 (Ley de homenaje a las víctimas del delito de desaparición forzada); la Ley 1448 de 2011 (Ley de víctimas y restitución de tierras); y la Ley 1531 de 2012, (Acción de Declaración de Ausencia por Desaparición Forzada y

otras formar de desaparición involuntaria y sus efectos civiles), entre otras más.

b. Acuerdo Final entre el gobierno colombiano y las Farc (24 de noviembre, 2016)

Los seis puntos de los acuerdos son:

1) Reforma rural integral

2) Participación política: apertura democrática para construir la paz

3) Fin del conflicto: cese al fuego y de hostilidades bilateral y definitivo y la dejación de armas.

4) Solución al problema de las drogas ilícitas

5) Acuerdo sobre las víctimas del conflicto: "Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición", incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y Compromiso sobre Derechos Humanos.

6) Implementación, verificación y refrendación.

2. *Análisis de contexto comparado*

En el marco del delito de desaparición forzada obviamente las circunstancias históricas y políticas entre Colombia y México son diferentes, como lo han sido en Argentina, Chile, El Salvador y Guatemala. La manera como cada uno de estos países ha enfrentado la investigación y el juzgamiento de los perpetradores, la búsqueda e identificación de los desparecidos, y la satisfacción de las expectativas de los derechos de los familiares de las víctimas, también difiere.

La estrategia con la que Colombia ha enfrentado el fenómeno de desaparición forzada es producto de las lecciones aprendidas en otras partes del mundo, adicionalmente a las lecciones apren-

didas por su propia experiencia, luego de más de medio siglo de un conflicto armado interno en el que han participado un amplio mosaico de grupos al margen de la ley tales como las guerrillas, los carteles de droga, los paramilitares y algunos miembros de las fuerzas del Estado.

Pese a las diferencias contextuales sociales, históricas y políticas, el delito de desaparición forzada no deja de ser una grave violación a los derechos humanos que afecta el bienestar de la conciencia colectiva de todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, género, raza, creencia política y religiosa. El dolor de las familias de los desaparecidos que de este acto criminal se desprende es igual en Colombia, México, Argentina, Chile, El Salvador y Guatemala. Por esa razón, las experiencias compartidas en la lucha contra este flagelo resultan de gran importancia y deben ser objeto de atención, análisis y consideración. No en vano, en Colombia, en abril de 2017, se creó la Red Latinoamericana sobre la Desaparición Forzada, conformada por organizaciones de familiares de víctimas de este delito en Argentina, Colombia, Honduras, El Salvador, Guatemala y México.

En este orden de ideas entonces, frente a la problemática del fenómeno de desaparición forzada, bien vale la pena considerar ciertos puntos de referencia de la justicia transicional de Colombia, para efectos de una posible aplicación de algunos mecanismos y procedimientos de ésta en el contexto mexicano.

La historia de violencia sistemática y generalizada en Colombia es de larga data. Por muchos años, la respuesta del gobierno fue a través de una política de Estado de guerra, represiva y de confrontación, basada en una justicia retributiva y aconsejada por una filosofía castrense de Seguridad Nacional que poca relevancia daba a las causas del conflicto y a sus víctimas. Con una política de Estado hacia la administración de justicia, sin administración ni justicia, sin independencia frente a las elites políticas, económicas, familiares. Sin embargo, esta estrategia de política estatal cambio

gracias a las acciones del narcotráfico que obligó al gobierno a hacer las reformas necesarias para reforzar el sistema de justicia.

A diferencia de lo que pasó en Colombia, en México no ha sido la lucha contra los carteles de drogas lo que está determinando un cambio en la estructura y fortalecimiento de la administración de justicia; sino que, ha sido el trabajo constante y de visibilización que están haciendo los colectivos de los familiares de las víctimas de desaparición forzada.

3. *Negociación*

Para Colombia poder combatir los carteles de drogas, el narco-terrorismo, el secuestro y otros delitos graves que han afectado con fuerza y duelo los cimientos de la sociedad fue necesario ofrecer beneficios a miembros de las organizaciones criminales a cambio de su colaboración con la justicia, como parte de una nueva estrategia de política criminal canalizada, entre otras medidas legislativas, mediante el Decreto 2790 de 1990 y el Decreto 3030 de 1990, que integran la Jurisdicción de Orden Público a nivel nacional para la protección de los jueces y funcionarios de investigación, y que otorgan rebajas de penas y condena de ejecución condicional para quienes se entreguen voluntariamente a la justicia, confiesen sus delitos y denuncien bienes que haya servido para cometer los ilícitos o que provengan directa o indirectamente de su ejecución. Además, asegura a quienes se sometan, sitios especiales de reclusión.

Adicionalmente, la nueva Constitución Nacional de 1991 y la entrada en vigencia del nuevo sistema penal acusatorio mediante la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) que, no sólo consagra las rebajas de penas hasta la mitad por el hecho de aceptar la responsabilidad criminal en el caso que se investiga, sino que también permite al implicado negociar o celebrar acuerdos con la Fiscalía, y contempla la figura del principio de oportunidad (Sotomayor Acosta 2010: 246).

Beneficios judiciales que más adelante se van desarrollando en el marco de la justicia transicional para desmovilizar a los miembros de los grupos paramilitares con la Ley 975 del 2005 y los acuerdos de paz con las Farc. Por su parte, la Ley 975 de 2005, (Ley de Justicia y Paz) permite suspender la ejecución de una pena determinada en la sentencia, reemplazándola por una pena alternativa entre cinco y ocho años, a los miembros de los grupos armados al margen de la ley, a cambio de verdad, reparación y garantía de no repetición.

De igual manera, el Acuerdo de Paz con las Farc de 2016, motiva a los victimarios de graves violaciones de derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y la desaparición forzada, a colaborar con la justicia, la verdad, la reparación y la garantía de no repetición. El acuerdo de paz con las Farc contempla tres tipos de penas:

1) Sanciones propias de contenido restaurativo y reparador que van de cinco a ocho años para quienes reconozcan la responsabilidad de inmediato.

2) Sanciones alternativas de contenido retributivo que va de cinco a ocho años, con restricción efectiva de la libertad y sus derechos, para quienes reconozcan tardíamente su responsabilidad

3) Sanciones privativas de la libertad hasta de 20 años para los que no reconozcan la responsabilidad.

Esta experiencia colombiana de penas alternativas afecta significativamente el marco conceptual de lo que tradicionalmente se entiende en México por hacer justicia en contra de los responsables de delitos graves como el de desaparición forzada. La fórmula tradicional de mecanismos y procedimientos aplicada por la justicia ordinaria garantiza un alto grado de impunidad, mantiene una situación permanente de duelo, impotencia y frustración a la sociedad mexicana. Por ende, explorar otras alternativas no deja de ser una necesidad urgente para la administración de justicia en México.

La legislación mexicana carece de instrumentos jurídicos suficientes que incentiven a los víctimarios a colaborar con la administración de justica a cambio de verdad, reparación y garantía de no repetición. Incentivos que en la doctrina hace parte de la justicia premial, que tiene sus antecedentes en el sistema del derecho anglosajón o *Common Law,* con la finalidad de otorgar beneficios a los víctimarios como rebajas de pena o suspensión de la condena a cambio de condiciones que favorecen la lucha contra la impunidad y a las expectativas de las víctimas del delito. Todo esto como parte de una política criminal integral y sistemática que permite la terminación anticipada del proceso e incentive a una solución alterna dentro de los procesos penales y política pública en materia de justicia, verdad, reparación y garantía de no repetición.

Con la justicia premial, mediante información *privilegiada* proveniente de los mismos criminales, se impulsa la colaboración de estos para evitar la realización de otros delitos y ayuda a combatir y desarticular organizaciones criminales. Alivia el largo, desgastante y frustrante ejercicio de la acción penal a través de una negociación en donde los derechos de las víctimas son el eje principal.

4. *Protagonismo de las víctimas*

El protagonismo de las víctimas en las investigaciones y juicios penales es relativamente reciente y sólo se limitaba a ser testigos; sin embargo, el papel de las víctimas ha tomado más fuerza ante el Derecho Penal Internacional (Dpi), con el Estatuto de Roma de 1998 (Comisión Colombiana de Juristas 2017: 12).

En lo acordado sobre las víctimas del conflicto armado dentro del marco de la justicia transicional en Colombia, en el punto quito en el acuerdo final entre el gobierno y las Farc, se creó el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición como un conjunto de mecanismos de carácter judicial y extrajudicial, con el fin de lograr la mayor satisfacción de las víctimas en materia de justicia, verdad, reparación y no repetición.

Haciendo una analogía, con un sentido y alcance de aplicación más reducido, guardando y respetando las diferencias, en México se expidió la Ley General de Víctimas que creó el Sistema Nacional de Atención a Víctimas (Snav) para la coordinación y formulación de políticas públicas que permitan asegurar e implementar los derechos de las víctimas en términos de acceso a la justicia, verdad y reparación integral, tal como lo señala el artículo 79 de la mencionada ley. Por ende, la creación del Snav en México es un mecanismo utilizado por justicia transicional. El protagonismo de las víctimas es directamente proporcional a la satisfacción y desarrollo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Desca).

IX. Conclusiones

1) En México, el fenómeno criminal de la desaparición forzada ha adquirido tal grado de atención, en gran parte por la presión de las organizaciones de familiares de desaparecidos, que cada vez se está visibilizando más a nivel internacional. El alto grado de crueldad y la poca respuesta del Estado para combatir la impunidad por este delito despierta gran preocupación en la comunidad internacional que, se empieza a considerar la necesidad de impulsar una *avalancha* de demandas y consecuentes condenas al Estado a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, e incluso contemplar una posible intervención de la Corte Penal Internacional (Cpi), o la participación de mecanismos internacionales de investigación que ayuden a definir responsabilidades penales.

2) Teniendo en cuenta la actual situación política, jurídica y social mexicana, es difícil conocer la verdad de los hechos y ubicación de las víctimas del delito de desaparición forzada a través de lo que ofrece la actual justicia ordinaria, sin la colaboración de los perpetradores mediante beneficios judiciales, y fuera de un marco de mecanismos y procedimientos extraordinarios similares a los de la justicia transicional.

La fórmula jurídico-política negociada entre verdad y justicia favorece en mayor escala el cumplimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) en el contexto del fenómeno de la desaparición forzada de personas y las expectativas de sus familiares en la medida en que ayuda aliviar la zozobra, el sufrimiento y las tensiones, facilita el conocimiento a la verdad y permite un proceso de reparación integral, más rápido y menos doloroso.

En México se vienen dando pasos hacia nuevos mecanismos y procedimientos extraordinarios, pero es necesario discutir y avanzar más rápidamente en esa dirección. El Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal (PDHDF) de México sugiere reformas al sistema de justicia penal que permitan la posibilidad de conciliar entre las partes y la aplicación de la justicia restaurativa, para agilizar los procedimientos y resultados judiciales, principalmente en casos complejos como las desapariciones forzadas. Adicionalmente, PDHDF fomenta los procesos del Centro de Justicia Alternativa (Monroy y Centro de Derechos Humanos *Fray Francisco de Vitioria O. P.* 2010).

Académicos, juristas, políticos, ciudadanos y críticos pueden afirmar que la justicia ordinaria no debe ser abordada con mecanismo de la justicia transicional, por ser de naturaleza diferente. Sin embargo, para el autor este argumento es válido sólo dentro de la razón pura de la ciencia normativa y del mundo del deber ser. En la dinámica ontológica del derecho, le corresponde al hombre en su sabiduría llenar y aplicar la ley con contenido axiológico, acorde a las necesidades y circunstancias de la sociedad en que vive.

3) Si bien es cierto que el eslogan *Vivos se los llevaron y vivos los queremos* de los familiares de las víctimas del delito de desaparición forzada es una manifestación de fe y esperanza que, les ayuda a seguir la búsqueda de sus seres queridos vivos; no es menos ciertos que por las circunstancias mismas de lo que se conoce en muchos de los casos y el tiempo transcurrido, se requiere un cambio de mentalidad y ponderación frente a la realidad de los hechos. Esto

de ninguna manera quiere decir renunciar a la búsqueda y esperanza de encontrar vivos a sus seres queridos.

Pero con este eslogan, renunciar al derecho de reparación integral que les asiste a los familiares de las víctimas, como la restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción es un error histórico y estratégico. Además, contradice la norma 6 sobre reparación integral del Consenso mundial de principios y normas mínimas sobre trabajo psicosocial en procesos de búsqueda e investigaciones forenses para casos de desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales.

El hecho de quererlos vivos, como es natural, no debe ser un obstáculo emocional ni moral para recibir del Estado lo que les corresponde en calidad de víctimas indirectas en permanente duelo, incluida la aceptación de responsabilidad y solicitud de perdón por parte de representantes del gobierno de turno. Entre otras razones porque los familiares de las víctimas son sujetos de derechos a los cuales no deben renunciar; además, porque es una manera de garantía de no repetición para ellos y la sociedad misma. Adicionalmente, porque favorece en el futuro los eventuales procesos de responsabilidad del Estado ante instancias internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

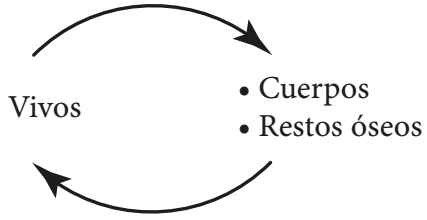


Figura 2:
Búsqueda bidireccional

En el campo personal, la búsqueda de los desaparecidos debe ser bidireccional: a) la búsqueda de los seres queridos vivos, y b) la búsqueda de los cuerpos sin vida o restos óseos. Ambas direcciones son igualmente relevantes, complementarias y no pueden ser excluida la una de la otra.

Aunque en principio pueda ser una fórmula dolorosa para los familiares, a mediano y largo plazo mantener la búsqueda bidireccional es mucho más favorable para la recuperación de los efectos postraumáticos en el campo individual, familiar y social. Los homenajes colectivos, los monumentos, la dignificación, el buen nombre de las víctimas directas; la recuperación moral y económica de las víctimas indirectas por los daños de los que es responsable el Estado al no haber tenido la capacidad dentro de su territorio de salvaguardar la vida, libertad e integridad de los desaparecidos, hacen parte de los logros y objetivos de la lucha de los familiares.

Cuando el discurso de las familias de las víctimas, frente a las autoridades, se enfoca solamente en encontrarlos vivos, dejan de lado los logros y objetivos mencionados en el párrafo anterior, y viceversa, cuando el discurso se concentra únicamente en encontrar sus cuerpos sin vida o restos óseos, se pierde la esperanza de que se puedan hallar con vida.

En el campo judicial, la lucha de los familiares de las víctimas de desaparecidos debe ser en cuatro direcciones: a) localización: para que sean encontrados sus seres queridos vivos o muertos, y b) identificación: para que a través de los apoyos forenses se entreguen los cuerpos o restos óseos que realmente corresponde a los de sus familiares desaparecidos. c) investigación judicial: para saber ¿cómo? ¿cuándo? ¿dónde? ¿quién? y ¿por qué?, d) juzgamiento: para asegurar que los responsables sean condenados, evitar la impunidad, y como garantía de no repetición.

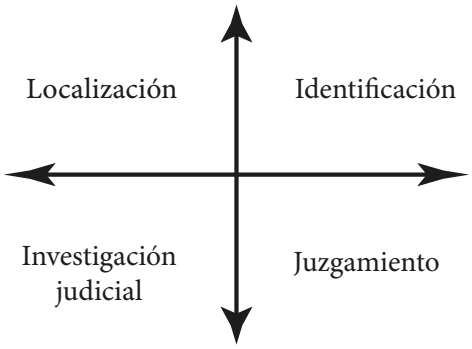


Figura 3: *Lucha judicial en cuatro direccione*s

4) Otro aspecto importante, es la necesidad de apoyar e impulsar a mayor escala la participación de la antropología forense en el acompañamiento de todas las etapas de los protocolos y la metodología de la investigación criminal en el delito de desaparición forzada. En el Estado de Coahuila, por ejemplo, la vinculación directa de los antropólogos en la búsqueda, identificación y lucha contra el fenómeno de las desapariciones forzadas es relativamente reciente. En otros Estados mexicano, es una tarea que sigue en el papel en *blanco y negro*.

La participación de la antropología forense es parte fundamental para satisfacer la demanda de las víctimas, toda vez que acerca a los familiares al derecho a la verdad dentro de un contexto que va más allá del proceso judicial.

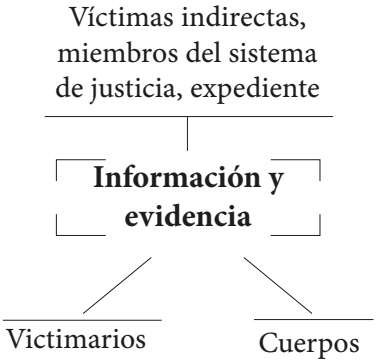


Figura 4:
Principio de Locard.

La metodología de la investigación de la antropología forense basada en el Principio de Locard, combina tres fuentes que se relacionan entre sí, y que finalmente proporcionan evidencias e información de contexto importante para la investigación criminal (Cnmh-Quevedo Hidalgo 2014: 37 y 38).

En este orden de ideas, la antropología forense contribuye a recolectar evidencias e interpretar información de estas tres fuentes.

La experiencia de la justicia transicional colombiana, muestra que con la participación de los victimarios se puede logra mucha información que evidencia la ubicación e identificación de los cuerpos y fosas. Gran parte del avance en las investigaciones judiciales

se debe a "[…] la disponibilidad en suministrar información de algunos de los responsables de los hechos en el marco de la Ley de Justicia y Paz" (Cnmh-Quevedo Hidalgo 2014: 43).

En este sentido, la antropóloga forense Helka Alejandra Quevedo Hidalgo, investigadora del Centro Nacional de Memoria Histórica (Cnmh) en Colombia, elaboró un formato de entrevista técnica dirigida a los víctimarios para ayudar a ubicar el paradero de las víctimas de desaparición forzada.

Bibliografía

Amnistía Internacional (2015): *Información para el comité contra las desapariciones forzadas de la Onu en México*, Amnesty International Publications, México.Botero Bedoya, Reinaldo (1996): *En busca de los desaparecidos: Análisis político-criminal de la conducta y su normatividad*, Defensoria del Pueblo, Bogotá D.C.

Camargo, Pedro Pablo (1995): *Manual de Derechos Humanos,* Editorial Leyer, Bogotá D.C.

Centro Nacional de Memoria Histórica (2016): *Derecho a la justicia como garantía de no repetición. Volumen 2. Las víctimas y las antesalas de la justicia. Conclusiones y recomendaciones,* Cnmh, Bogotá D.C.

Cifuentes Muñoz, Eduardo (1999): "Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia: Síntesis de la doctrina constitucional", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 3, 271–318.

Comisión Colombiana de Juristas (2017): *Participación de las víctimas en el Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición,* Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá D.C.

Grupo Centro Memoria Histórica (2013): *¡Basta ya!: Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*, Centro Nacional de Memoria Histórica, Bogotá D.C.

Grupo de Trabajo sobre Personas Desaparecidas en Coahuila (2012): *Resultados de la primera fase del GT*, Coahuila, México.

Kelsen, Hans (1953): *Teoría pura del derecho,* Editorial de la Baconiere, Neuchãtel.

Marabotto Lugaro, Jorge A. (2003): *Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam.

Monroy Cabra, Marco G. (1994): *Introducción al derecho*, Editorial Temis S.A., Bogotá D.C.

Neiro Monroy, Ana Luisa y Centro de Derechos Humanos "Fray Francisco de Vitioria O. P. (2010): *El Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal en materia del Derecho al acceso a la justicia*, México D.F.

Observatorio de derechos humanos y derecho humanitario (2012): *Desaparición Forzada en Colombia: en busca de la justicia. Documento temático No 6*, Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos, Bogotá D.C.

Quevedo Hidalgo, Helka Alejandra (2014): *Textos corporales de la crueldad Memoria histórica*, Centro Nacional de Memoria Histórica, Bogotá D.C.

Reátagui, Félix *et al.* (2012): *Desaparición Forzada y Derechos de las Víctimas: la respuesta humanitaria a las demandas de verdad, justicia y reparación en el Perú*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica de Perú y Fundación Konrand Adenauer, Lima.

Saavedra Álvarez, Yuria (2013): "Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Acceso a la justicia, Instituto de Investigaciones Jurídicas", en *Derechos Humanos en la Constitución Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, t. II, Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo *et al*., (coords.), Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D.F.

Sotomayor Acosta, J. O. (2010): "Criminalidad organizada y criminalidad económica: los riesgos de un modelo diferenciado de derecho penal", en *Revista de Estudios de La Justicia*, núm. 12, 231–262.

Uprimny Yepes *et al*. (2007): *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Centro de Estudios de Derechos, Justicia y Sociedad, Bogotá D.C.

Uribe Vargas, Diego (1986): *La tercera generación de derechos humanos y la paz*, Plaza & Janes, Bogotá D.C.

Vélez Gutiérrez, Luis Fernando (2015): "Justicia Transicional en Colombia: hacer justicia o negociar la paz. Estudio comparativo", en *Cuadernos de Derechos Penal*, núm. 13, 111-137.

Werle, Gerhard (2005): *Tratado de derecho penal internacional,* Tirant lo Blanch, Valencia.

Debida diligencia empresarial y derechos humanos en derecho comparado

Corporate due diligence and human rights in comparative law

Irma Gámez Garza
Universidad Autónoma de Nuevo León

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes. III. Concepto y su relación con las empresas. IV. Caso Casino Royal. V. La Corte Idh y la debida diligencia. VI. Conclusión.

Resumen: Para que las empresas sepan que no están vulnerando los derechos de otros, es menester que existan mecanismos a nivel operacional, ante los cuales los particulares de las comunidades afectadas puedan presentar reclamaciones respecto de los efectos de la actividad empresarial en materia de derechos humanos, y que las empresas deberán establecer si aún no existen. El informe Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos da las pautas de comportamiento a empresas y Estados frente al tema, sin que aún exista un instrumento vinculante a escala internacional que imponga obligaciones a las empresas y no solamente, como hasta ahora, deberes y responsabilidades. En la presente investigación se abordarán de manera muy breve, los antecedentes de dichos principios, y de manera específica, se abordara el principio en relación a la debida diligencia en materia de derechos humanos.

Abstract: For companies to know that they are not violating the rights of others, there need to be mechanisms at the operational level, to which individuals in affected communities can complain about the human rights impacts of business activity, and which companies must establish if they do not already exist. The Guiding Principles on Business and Human Rights report provides guidelines for companies and States on how to behave on the issue, but there is still no internationally binding instrument that imposes obligations on companies and not only, as has been the case until now, duties and responsibilities. This research will deal very briefly with the background to these principles and specifically with the principle of human rights due diligence.

Palabras clave: *debida diligencia empresarial, derechos humanos, derecho comparado, empresas, obligaciones*.

Keywords: *corporate due diligence, human rights, comparative law, corporations, obligations.*

La responsabilidad de respetar los derechos humanos obliga
a las empresas a ejercer la debida diligencia
para conocer y prevenir los efectos negativos
en los derechos humanos,
y responder a ellos.

(John Ruggie)[1]

I. Introducción

Según John Ruggie (Rulli 2012), para que las empresas sepan que no están vulnerando los derechos de otros, es menester que existan mecanismos a nivel operacional, ante los cuales los particulares de las comunidades afectadas puedan presentar reclamaciones respecto de los efectos de la actividad empresarial en materia de derechos humanos, y que las empresas deberán establecer si aún no existen. Estos actos son positivos por definición (Rulli 2012)

Los principios exigen que tanto Estados, como empresas, tomen actitudes proactivas, medidas concretas y tangibles las cuales estén tendientes a abordar espontáneamente los desafíos en juego (Rulli 2012).

Pilar Ibáñez y Viviana Ordoñez, señalan que la relación de las empresas con los derechos humanos ha ido tomando cada vez más fuerza y en ese sentido, es que se hace necesario el precisar conceptos y apreciaciones sobre cuáles responsabilidades le son atribuibles a las empresas y cuáles a los Estados (Ibáñez 2014).

[1]Professor John Ruggie of Harvard University served as the UN Special Representative for Business and Human Rights from 2005-2011. His mandate was to propose measures to strengthen the human rights performance of the business sector around the world. The end result was the Guiding Principles on Business and Human Rights, drafted by John and unanimously endorsed by the U.N. Human Rights Council in June 2011.

Olivier De Schutter comenta que los principios rectores describen el deber de los Estados los cuales incluyen "medidas apropiadas para prevenir, investigar, sancionar y reparar" violaciones de los derechos humanos "a través de políticas efectivas, legislación, reglamentos y adjudicación". Los principios rectores sugieren la debida diligencia como un medio operativo de las empresas para respetar los derechos humanos, pero las opciones específicas que disponen los Estados para garantizar la aplicación de la debida diligencia en los negocios no se especifican (De Schutter 2012).

Por lo anterior es que John Ruggie elaboró el informe Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, los cuales, hoy en día están dando las pautas de comportamiento a empresas y Estados frente al tema, sin que aún exista un instrumento vinculante a escala internacional que imponga obligaciones a las empresas y no solamente, como hasta ahora, deberes y responsabilidades (De Schutter 2012). En la presente investigación se abordaran de manera muy breve, los antecedentes de los principios de Ruggie, y de manera específica, se abordara el principio, en relación a la debida diligencia en materia de derechos humanos.

II. Antecedentes

En 2005, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas solicitó al Secretario General de la Organización de Naciones Unidas que designara a un Representante Especial para investigar una serie de temas importantes relacionados con las empresas y los derechos humanos (Bilchitz 2010).

El mandato surgió, un año antes, de la incapacidad del Consejo de adoptar un documento conocido como Normas de las Naciones Unidas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la cuestión de los Derechos Humanos. La persona designada para el cargo fue el Profesor John Ruggie de la Universidad de Harvard quien, realizó una investi-

gación exhaustiva sobre el tema y publicó una serie de informes importantes (Bilchitz 2010).

Se trata de una serie de eficaces principios respaldados por una gran variedad de partes interesadas a nivel internacional, los cuales fueron aprobados por unanimidad en el Consejo de Derechos Humanos de 2011, mediante su resolución 17/4 (Naciones Unidas 2011), y estableció un grupo de trabajo que debería, entre otras cosas, promover su difusión y aplicación entre 2011 y 2014; en el centro de los "Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos" encontramos un marco que se asienta sobre tres pilares ("Proteger, Respetar y Remediar") para prevenir y hacer frente a las repercusiones negativas de las actividades empresariales sobre los derechos humanos de las personas (WBCSD Social Impact 2016).

Al presentar los Principios Rectores para su aprobación, al final de su mandato como Representante especial de empresas y derechos humanos en 2011, John Ruggie calificó acertadamente la situación de la responsabilidad corporativa como una responsabilidad en constante evolución; Al centrarse en las políticas y los procesos, los Principios rectores también han fomentado una comprensión más acabada de los mecanismos de una empresa responsable y sostenible (WBCSD Social Impact 2016).

Estos Principios, proponen la implementación de un marco sobre derechos humanos y empresas, el cual fue elaborado en 2008 a partir de un proceso iniciado en 2005 y que constituye, hasta el día de hoy, la experiencia de investigación, sistematización, participación y debate en derechos humanos y empresas más evolucionada en el ámbito mundial (Rulli 2012).

Históricamente, las estrategias de protección en materia de derechos humanos han puesto su mirada, prácticamente de forma exclusiva en el rol del Estado, y a medida que el papel y el impacto global de las empresas fueron en aumento, también su exposición en esta materia creció significativamente. Desde mediados del siglo XX, la

responsabilidad corporativa por violaciones a derechos humanos viene alcanzando un vertiginoso desarrollo, el cual terminó por instalarla, en especial desde fines de la década de 1990, en la agenda de discusión de Naciones Unidas y otros foros globales (Rulli 2012).

Dentro de los principios rectores de Ruggie, se encuentra el deber de debida diligencia; este, exige que la actuación de las empresas ocurra mediante una consideración previa de todos los riesgos, impactos y posibles vulneraciones que su actividad implica para los derechos humanos, y que esos riesgos se reduzcan, se eviten o se mitiguen; No obstante y a pesar de que actualmente se vincule la responsabilidad de las empresas, los Estados conservan sus obligaciones frente a la protección, respeto y garantía de los derechos humanos, y por ello dentro de los principios de Ruggie también hay responsabilidades que le competen en exclusividad a los Estados (Ibáñez 2014).

A continuación, se abordara el principio de debida diligencia, tanto su concepto, como su relación con las empresas.

III. Concepto y su relación con las empresas

Varias han sido las definiciones dadas al concepto de debida diligencia en materia de derechos humanos. Por ejemplo, la *ISO 26000*[2] señala que se trata de un "proceso exhaustivo y proactivo para identificar los impactos negativos reales y potenciales de carácter social, ambiental y económico de las decisiones y actividades de una organización a lo largo del ciclo de vida completo de un proyecto o de una actividad de la organización, con el objetivo de evitar y mitigar dichos impactos negativos (Ibáñez 2014)".

Ibáñez y Ordoñez, en su artículo mencionan que Luc Zandivliet y Mitra Forouhar analizan la debida diligencia en materia de derechos humanos desde una óptica de riesgo, explican que este

[2] Es una guía en Responsabilidad Social Corporativa, la cual está diseñada para ser utilizada por organizaciones de todo tipo, tanto en los sectores público como privado, en los países desarrollados y en desarrollo, así como en las economías en transición.

concepto procede del *"US Securities Act de 1993*[3]*"*, que proveía a los corredores de Bolsa de Estados Unidos de una defensa cuando eran acusados de haber entregado información confidencial a los inversores; de este modo, podían demostrar que la información faltante no había sido descubierta por ellos, al haber aplicado un método de debida diligencia en la materia. De allí el principio del proceso de investigación deba realizarse con el propósito de prevenir daños en materia de derechos humanos. De igual forma refieren que según International Petroleum Industry Environmental Conservation, la debida diligencia en materia de derechos humanos en lo referente a las empresas se refiere, al grado de prudencia que esta debe tener en sus operaciones o proyectos, más como un tema de buenas prácticas que como un requisito legal (Ibáñez 2014)

Por lo que hace a Naciones Unidas, definen la debida diligencia en derechos humanos como "un proceso continuo de gestión que una empresa prudente y razonable debe llevar a cabo, a la luz de sus circunstancias (como el sector en el que opera, el contexto en que realiza su actividad, su tamaño y otros factores) para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos" (Ibáñez 2014).

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos[4], en adelante Ocde, refiere en el documento *Guía de Debida Diligencia para la Participación Significativa de las Partes Interesadas Involucradas en el Sector de Extracción,* que se entiende por debida diligencia al proceso a través del cual las empresas identifican, previenen y mitigan impactos adversos reales y potenciales, y explican la manera en que se enfrentan estos impactos, el docu-

[3] Securities Act of 1933, often referred to as the "truth in securities" law; The 1933 Act was the first major federal legislation to regulate the offer and sale of securities. Prior to the Act, regulation of securities was chiefly governed by state laws, commonly referred to as blue sky laws. When Congress enacted the 1933 Act, it left existing state securities laws ("blue sky laws") in place. The '33 Act is based upon a philosophy of disclosure, meaning that the goal of the law is to require issuers to fully disclose all material information that a reasonable shareholder would require in order to make up his or her mind about the potential investment. [https://www.sec.gov/answers/about-lawsshtml.html]

[4] Fundada en 1961, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Eco-

mento señala que la debida diligencia es una parte integral de los sistemas de toma de decisiones y de manejo de riesgos, además de ser un proceso continuo, proactivo y reactivo. Se debe llevar a cabo en todo el ciclo de vida de un proyecto; Las Directrices de la Ocde recomiendan aplicar la debida diligencia basada en riesgos. Esto significa que la naturaleza y alcance de la debida diligencia dependerá de los riesgos relacionados con una situación particular (Ocde 2015).

Por su parte, el Cidse[5] señala que aunque se le exige a la empresa la debida diligencia en estos aspectos, no debe olvidarse que existen unas "lagunas de gobernanza", es decir, el hecho de que "no todos los Estados están dispuestos o sean capaces de cumplir, por sí solos, con su deber de proteger, ya sea por la corrupción de los agentes económicos, la debilidad de las instituciones, o cualquier otra razón"; en este sentido, la debida diligencia en materia de derechos humanos es un proceso de gestión continuo, prudente y razonable, que debe hacer la empresa según las variables de la zona donde opera, es decir, el entorno y contexto, con la finalidad de hacer frente a su obligación de respetar los derechos humanos; es un proceso que implica la práctica de prevenir y evitar riesgos potenciales a los derechos humanos (Ibáñez 2014).

nómicos (Ocde) agrupa a 35 países miembros y su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo. La Ocde ofrece un foro donde los gobiernos puedan trabajar conjuntamente para compartir experiencias y buscar soluciones a los problemas comunes. Trabajamos para entender que es Lo que conduce al cambio económico, social y ambiental. Medimos la productividad y los flujos globales del comercio e inversión. Analizamos y comparamos datos para realizar pronósticos de tendencias. Fijamos estándares internacionales dentro de un amplio rango de temas de políticas públicas. [https://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/]

[5] Coopération Internationale pour le Développement et la Solidarité (Cidse); es una alianza internacional de organizaciones para el desarrollo católicas. Sus 17 miembros, provenientes de Europa y Norteamérica, comparten una estrategia común en sus esfuerzos por erradicar la pobreza y lograr la justicia mundial; Si trabajo se enfoca en las áreas de recursos para el desarrollo; justicia climática; alimentación, agricultura y comercio sostenible; empresas y derechos humanos. El desarrollo sostenible, la gobernanza mundial y la igualdad de género se abordan de forma transversal en las áreas anteriores; Las actividades de cidse son coordinadas por un Secretariado con sede en Bruselas, Bélgica.

David Bilchitz señala que la idea de la responsabilidad requiere hacer referencia a la noción de debida diligencia. "Este concepto describe los pasos que una empresa debe seguir para reconocer, prevenir y abordar los impactos negativos sobre los derechos humanos" (Bilchitz 2010); de igual forma refiere que el alcance de esta obligación se resalta mediante tres grupos de factores, el primero, se deben hacer consideraciones con respecto a los contextos en los cuales se llevan a cabo las actividades comerciales y los desafíos particulares que se pueden presentar en materia de derechos humanos, el segundo, se debe tener en cuenta el impacto de la actividad comercial sobre los derechos humanos en estos contextos específicos y finalmente, se debe considerar el posible abuso que puede derivar de las relaciones comerciales entre empresas y otros agentes – tales como socios, proveedores, agencias del Estado y otros actores no-estatales.

Tatiana Gos define la debida diligencia como el mecanismo que las empresas deben utilizar para conocer, reconocer y demostrar que han adoptado las acciones necesarias para prevenir y reparar las violaciones en materia de derechos humanos que han cometido o permitido (Gos 2016); la debida diligencia debe tomar en cuenta las características propias del país, región, industria, sector y actividad, incluyendo no sólo la operación de la empresa sino también sus proveedores, clientes y socios estratégicos. Asimismo, la debida diligencia no sólo deberá considerar los impactos y riesgos potenciales y actuales para la empresa sino también para terceros (Gos 2016).

La referida autora menciona que las características de la debida diligencia dependerán del tamaño y complejidad de la empresa y el nivel de riesgo para los derechos humanos y que en casos extremos o de alto impacto, tales como las industrias extractivas, las empresas deben realizar una debida diligencia reforzada y contar con una instancia oficial de información y reporte acerca de la gestión de los riesgos (Gos 2016).

Como ya se mencionó la debida diligencia en materia de derechos humanos es "la medida de prudencia, actividad o asiduidad que cabe razonablemente esperar, y con la que normalmente actúa, una [persona] prudente y razonable en unas circunstancias determinadas; no se mide por una norma absoluta, sino dependiendo de los hechos relativos del caso en cuestión" (Gómez Trejo 2013). Y dentro del contexto de los Principios Rectores, la debida diligencia constituye un proceso continuo de gestión que una empresa prudente y razonable debe llevar a cabo, a la luz de sus circunstancias (como el sector en que opera, el contexto en que realiza su actividad, su tamaño y otros factores) para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos, y de acuerdo con el principio 17, las empresas deben proceder con la debida diligencia para identificar, prevenir, mitigar y responder a las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos. (Gómez Trejo 2013).

Omar Gómez (Gómez Trejo) resalta que, según los Principios Rectores, la debida diligencia incluye:

1) La responsabilidad de identificar impactos reales y potenciales: Los Estados deben asegurar que las empresas busquen información sobre los impactos reales y potenciales que sus actividades pueden provocar. Esto implica la continua búsqueda, sistematización, monitoreo y análisis de la información, idealmente antes de iniciar cualquier actividad y posteriormente en intervalos regulares.

2) La responsabilidad de prevenir y mitigar: Los Estados deben garantizar que las empresas apliquen las medidas necesarias para prevenir daños potencialmente negativos, dando una mayor prioridad a los riesgos con daños severos y posible- mente irreparables. Asimismo, los gobiernos deben asegurar que las empresas fomenten una cultura de prevención que implique la elaboración, aprobación y difusión –interna y externa– de una política que refleje el compromiso de ellas de respetar la normativa vigente.

3) La responsabilidad de rendir cuentas: Los Estados deben asegurar que las empresas informen sobre sus procedimientos de

debida diligencia, incluyendo a sus propios inversionistas y supervisores. Dicha información debe ser tan detallada y transparente como sea posible y deberá abarcar las políticas sobre derechos humanos, los procedimientos de debida diligencia, la identificación de riesgos y los medios de mitigación implementados.

Oliver De Schutter, refiere que la experiencia de los Estados de regular la debida diligencia sugiere que no existe un procedimiento debida diligencia única para satisfacer todos los desafíos regulatorios, pero es posible describir los elementos básicos de los procedimientos de debida diligencia; y los principios rectores, la responsabilidad de las empresas para llevar a cabo los derechos humanos diligencia debida incluye la responsabilidad de:

1) identificar los impactos reales o potenciales;

2) prevenir y mitigar los impactos así identificados; y

3) dan cuenta de los impactos y respuestas a ellos.

El autor menciona que estos componentes son comunes en los distintos regímenes de debida diligencia establecidos por los sistemas nacionales. Tales regímenes ponen de manifiesto los elementos comunes de procedimiento. Agregando que los Estados deben garantizar que las empresas buscan información sobre los impactos reales o potenciales de sus actividades. Los regímenes de debida diligencia existentes en las diferentes jurisdicciones nacionales, requieren una empresa comercial para investigar sus actividades y relaciones de violaciones reales o potenciales de las normas descritas en la ley (De Schutter 2012).

El autor menciona que en lo relativo a la responsabilidad de prevenir y mitigar, los Estados deben garantizar que las empresas tomen las medidas adecuadas para prevenir posibles impactos negativos.

Finalmente nos habla de fomentar una cultura de prevención, en la cual las empresas aseguren esta prevención.

Jonathan Bonnitcha comenta que la debida diligencia se encuentra en el corazón de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, que establecen los principales parámetros a nivel internacional para considerar la responsabilidad corporativa por las violaciones de los derechos humanos. Sin embargo, los Principios Rectores invocan dos conceptos diferentes de debida diligencia: el primero es un proceso para gestionar riesgos comerciales y el segundo es el estándar de conducta requerido para cumplir con una obligación (Bonnitcha y McCorquodale 2017).

Cidse menciona que parte de cualquier enfoque de debida diligencia debe ser el de incluir a las personas afectadas en los procesos de toma de decisiones, y de consultar los defensores de derechos humanos, proporcionando información previa y exhaustiva. Los Estados deben tener acceso a toda la información relevante sobre los impactos sociales, ambientales y humanos de operaciones de la empresa previstas, con el fin de llevar a cabo un proceso genuino libre, previo e informado (Cidse).

Finalmente, Agnes Giner, refiere que, en términos prácticos, la debida diligencia implica tres tipos de factores. El primero, requiere esforzarse en conocer el contexto del país en el que las empresas desarrollan sus actividades y entender las cuestiones relacionadas con los derechos humanos en este contexto. El segundo, supone realizar un diagnóstico de las prácticas y políticas corporativas, así como un análisis completo y sincero de los efectos reales y potenciales de sus actividades con el objetivo de identificar cuestiones importantes con enfoque en los derechos humanos. En tercer lugar, implica evitar estimular, perpetuar o contribuir a vulneraciones de los derechos humanos por medio de relaciones vinculadas a sus actividades; es por lo anterior que la autora señala que las empresas deben establecer oficialmente una política de derechos humanos o integrarla dentro de políticas preexistentes para incorporar los derechos fundamentales en la toma de decisiones diarias (Giner 2008: II).

Un caso emblemático en Nuevo León, en materia de derechos humanos, empresas y debida diligencia, fue el caso del Casino Royale, en el cual la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León, emitió una recomendación, en la cual se abordó el tema de Empresas y Derechos Humanos; uno de los temas fue la debida diligencia, en materia de derechos humanos y su relación con las empresas, en el siguiente apartado se abordará el tema.

IV. Caso casino royale

La doctora Martínez Garza en su aportación "La recomendación 103/2012 de la Cedhnl: una resolución inédita en el sistema ombudsman mexicano", en la revista *Los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas: la debida diligencia*, hizo un análisis de los hechos suscitados en Nuevo León, el 25 de agosto de 2011, hechos descritos en la nota periodística dada a conocer en la página de internet del periódico Milenio, titulada *Atacan Casino Royale en Monterrey: 52 muertos*[6].

[6] […] Hombres a bordo de vehículos arrojaron tres granadas contra el casino Royale, en la capital del estado de Nuevo León, Al menos 53 personas murieron este jueves en un ataque con granadas a un casino en Monterrey, capital del estado norteño de Nuevo León, informó gobernador de Nuevo León, Rodrigo Medina. El funcionario dijo que la cifra aún no es definitiva y que todavía hay restos dentro del establecimiento. El procurador estatal, Adrián de la Garza, declaró a periodistas que puede haber más víctimas dentro del inmueble. Señaló que la versión de que los atacantes rociaron gasolina en las máquinas del casino es una de las líneas de investigación. Momentos antes, el comandante Ángel Flores, de la Cruz Verde local, explicó a CNNMéxico que una gran cantidad de humo quedó dentro del lugar, donde permanecieron atrapadas decenas de personas. "Es muy difícil que una persona llegue a estar con vida", dijo entonces el comandante. Comentó que él mismo sacó a tres personas sin vida, dos de ellas muertas por asfixia y una más por quemaduras. El hecho ocurrió alrededor de las 16:00 (hora local), cuando personas a bordo de vehículos llegaron al lugar y arrojaron granadas contra el edificio, de acuerdo con la policía local. Decenas de personas quedaron encerradas en el casino Royale debido a los escombros que causaron las explosiones. Los cadáveres fueron trasladados al Servicio Médico Forense (Semefo) del Hospital Universitario, en Monterrey, donde se instalará una ventanilla especial para atender a los familiares de las víctimas y "facilitar la entrega de cuerpos en la medida de los posible", según De la Garza. El funcionario señaló que cinco o seis sujetos entraron al establecimiento y "aparentemente lo que utilizaron para incendiar el lugar es gasolina,

La autora precisó que debido a la nota periodística la Primera Visitaduría General de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León dio apertura al expediente número CEDH/*242/2011*, en donde calificó los hechos descritos en la nota referida como presuntas violaciones a los derechos humanos de las personas que perdieron la vida, de quienes resultaron lesionadas y de sus familias, atribuibles probablemente a personal de la Dirección de Protección Civil del Estado, la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología del municipio de Monterrey, la Dirección de Inspección del Trabajo de la Secretaría del Trabajo del Estado y la Procuraduría General de Justicia del Estado; y que una vez que se demostró con las evidencias relacionadas y debidamente valoradas, el análisis de los hechos narrados y los razonamientos lógico-jurídicos la existencia de violaciones a los derechos a la vida, integridad y seguridad personales, al trabajo y a la legalidad y seguridad jurídica en perjuicio de las personas fallecidas, las que resultaron lesionadas, sus familias y las y los trabajadores del Casino Royale, por personal de las autoridades citadas quienes incumplieron con sus obligaciones de garantizar los derechos humanos, este organismo público de derechos humanos emitió la *Recomendación 103/2012*.

La *Recomendación 103/2012*, se fundamentó en diversos criterios regionales establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), instrumentos jurídicos internacionales de

pero vamos a reservarnos (esta línea de investigación) hasta que no tengamos pruebas periciales que fundamenten el dicho". A pregunta expresa de si había en el interior armas, no lo confirmó ni descartó. "Estamos desarrollando diligencias", respondió. El procurador dijo que en este momento tanto la Agencia Estatal de Investigaciones (AEI) como elementos de la Procuraduría General de la República (PGR) trabajan de manera conjunta para recabar testimonios y pruebas, y realizan interrogatorios. La procuraduría estatal asignó un grupo especial en el Semefo, según el funcionario, quien también confirmó que hubo un número indeterminado de personas que alcanzaron a huir del lugar. Con ayuda de una retroexcavadora, personal de rescate intentó derribar el muro de la fachada del casino para liberar el humo dentro del edificio. Algunas personas que se encontraban dentro del establecimiento salieron por la parte trasera, a través de cuerdas, hacia un estacionamiento contiguo. Agentes del Ejército y de las policías estatal y municipal rodearon la zona. Familiares esperan noticias Alrededor de cinco familias llegaron al lugar a la espera de información de parte de las autoridades, […] https://expansion.mx/nacional/2011/08/25/un-ataque-con-granadas-a-un-casino-de-monterrey-causa-al-menos-4-muertos.

derechos humanos, y doctrina internacional sobre la responsabilidad de las empresas en la materia. De manera particular, la CEDHNL resalto la fuerza normativa de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, como criterio orientador para sustentar su instrumento.

En base a los Principios Rectores y al *caso Ximenes Lopes vs. Brasil* la CEDHNL, consideró al momento de realizar el análisis sobre las violaciones a los derechos al trabajo y a la vida, la integridad y la seguridad personal y en relación con el deber de prevenirlas, que "la responsabilidad estatal también puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado", y que "los Estados deben asegurarse de su capacidad de supervisar efectivamente las actividades de las empresas, en particular mediante mecanismos adecuados e independientes de supervisión y de rendición de cuentas".

La Doctora señalo que la CEDHNL determinó que en el Casino Royale no se actuó con la debida diligencia en materia de derechos humanos, pues existían medidas de prevención de riesgos y de seguridad que no se habían cumplido a la fecha del siniestro, además de mencionar que la Comisión concluyó que las autoridades incumplieron con su obligación de garantizar los derechos humanos de las personas en el Casino Royale, al no adoptar todas las medidas posibles con el fin de prevenir las violaciones ocurridas.

En la Recomendación la CEDHNL dedicó un apartado a la responsabilidad de las empresas por violaciones a derechos humanos en el cual realizó un estudio sobre las obligaciones de los patrones relacionadas con las de las autoridades. Ahí se advirtió que en el Casino Royale, al 25 de agosto de 2011, no se tenían las medidas de seguridad exigidas para casos de incendio, previstas en la Ley de Protección Civil del Estado, el Reglamento para las Construcciones del Municipio de Monterrey y el Reglamento Federal de Seguridad, Higiene y Medio Ambiente de Trabajo; además de que las autoridades competentes habían incumplido con su deber de realizar las visitas de inspección a dicho establecimiento para asegurarse de

que, en el ámbito de sus respectivas competencias, se apegaran a las condiciones de seguridad exigidas por la normatividad aplicable, respectivamente (Martínez Garza 2013).

Dentro del análisis que se realizó para la recomendación se comentó en relación a la debida diligencia, que esta puede integrarse en los sistemas más amplios de gestión de riesgos de la empresa, a condición de que no se limiten a identificar y gestionar riesgos importantes para la propia empresa, sino que incluyan los riesgos para los titulares de derechos[7].

Martínez Garza, comentó que la debida diligencia en materia de derechos humanos impone a las empresas un proceso de administración permanente que busque dar cumplimiento a su responsabilidad de respetarlos. Por tanto, el que la empresa aparentemente no haya ejercido su obligación de establecer un control de debida diligencia –y que con ello haya incumplido sus obligaciones jurídicas en

[7] Análisis realizado en la recomendación 103/2012 por la Comisión Estatal de Derechos Humanos.
"La debida diligencia en materia de derechos humanos puede integrarse en los sistemas más amplios de gestión de riesgos de la empresa, a condición de que no se limiten a identificar y gestionar riesgos importantes para la propia empresa, sino que incluyan los riesgos para los titulares de derechos. El proceso de debida diligencia en materia de derechos humanos debe ponerse en marcha lo antes posible cuando se emprende una nueva actividad o se inicia una relación comercial, puesto que ya en la fase de preparación de los contratos u otros acuerdos pueden mitigarse o agravarse los riesgos para los derechos humanos, que también pueden heredarse a través de procesos de fusión o adquisición. Para las empresas que cuenten con numerosas entidades en sus cadenas de valor puede resultar demasiado difícil proceder con la diligencia debida en materia de derechos humanos a nivel de cada entidad. En tal caso, las empresas deben identificar las áreas generales que presenten mayor riesgo de consecuencias negativas sobre los derechos humanos, ya sea debido al contexto operativo de ciertos proveedores o clientes, a las operaciones, los productos o los servicios de que se trate, o a otras consideraciones pertinentes, y dar prioridad a la debida diligencia en materia de derechos humanos en esas áreas. Pueden plantearse cuestiones de complicidad cuando una empresa contribuye o parece contribuir a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos causadas por otras partes. La complicidad tiene una acepción jurídica y otra no jurídica. En su acepción no jurídica, las empresas pueden ser consideradas "cómplices" de actos cometidos por otra parte, por ejemplo, cuando parecen beneficiarse de una infracción cometida por esa otra parte. En su acepción jurídica, la mayoría de las jurisdicciones nacionales prohíben la complicidad en la comisión de un delito y algunas establecen la responsabilidad penal de las empresas en tales ca-

materia de protección civil y seguridad laboral– daría lugar a la presunción de existencia de una responsabilidad para ésta (Martínez Garza 2013); y que si bien es cierto la responsabilidad primaria en cuanto a derechos humanos corresponde al Estado, la falta de diligencia y cumplimiento de las normas de seguridad por parte de la empresa le acarrearían también una responsabilidad subsidiaria. En consecuencia, ésta tendría que ser en principio reparada, por una parte, por el Estado –al haber incumplido con su deber de garantizar los derechos humanos de las personas que se encuentran en su territorio y, por tanto, por faltar a su deber de protección–; y por la otra, por la empresa –en virtud de que la falta o incumplimiento de sus obligaciones legales a nivel local y nacional habrían implicado un impedimento para el respeto o satisfacción de los derechos humanos de las víctimas.

Dentro de las recomendaciones realizadas por parte de la Comisión Estatal de Derechos Humanos fue la capacitación en materia de derechos humanos, no solo a las distintas autoridades responsables de los hechos, sino también a las empresas, y de manera específica en el tema de "la debida diligencia en materia de derechos humanos, y explicándoles cómo tratar eficazmente las cuestiones de los grupos vulnerables (Recomendación 103/2012 2012)."

Si bien es cierto la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León marco un precedente al incorporar los Principios Rectores en una de sus recomendaciones, debido a la magnitud del caso que aconteció en Nuevo León, fue que la Comisión Nacional

sos. Por lo general, también cabe la posibilidad de iniciar acciones civiles contra empresas que supuestamente hayan contribuido a causar un daño, aunque no pueda ser definido en términos de derechos humanos. La jurisprudencia de derecho penal internacional indica que el criterio pertinente para definir la complicidad es la asistencia práctica prestada a sabiendas en la comisión de un delito o la incitación con efectos relevantes sobre la comisión de este. El hecho de proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos debería reducir el riesgo de acciones judiciales contra las empresas, ya que les permite mostrar que tomaron todas las medidas razonables para evitar cualquier participación en una supuesta vulneración de los derechos humanos. Sin embargo, las empresas que ejerzan esa debida diligencia no deben asumir que de esa forma vayan a quedar automática y plenamente exentas de toda responsabilidad por provocar o contribuir a provocar violaciones de los derechos humano".

de Derechos Humanos, emitió la *recomendación número 66/2012* sobre el caso del Casino Royale, en Monterrey, Nuevo León, la cual fue dirigida a los entonces titulares de las secretarías de gobernación, del trabajo y previsión social; al entonces Gobernador Constitucional del Estado de Nuevo León; a la Presidenta de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León, así como a los miembros del ayuntamiento de Monterrey.

En dicha recomendación la Comisión Nacional de Derechos Humanos, hizo mención, que, si bien es cierto la Cndh no observó la participación de algún servidor público al que se le pudiera imputar la responsabilidad directa por la pérdida de la vida y demás agravios cometidos en perjuicio de las víctimas de los hechos ocurridos el 25 de agosto de 2011, en las instalaciones del Casino Royale, si advirtió una responsabilidad institucional compartida en materia de derechos humanos por las omisiones e irregularidades en que incurrieron las autoridades recomendadas durante el tiempo de operación del citado establecimiento, sobre todo en el tema de seguridad y legalidad. Dentro del asunto, para la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, al igual que otros en los que se han observado irregularidades por parte de las autoridades en sus atribuciones de control y vigilancia; representa un caso de violaciones a los derechos humanos ante la ausencia manifiesta de un deber de cuidado y de actuar con la debida diligencia; lo que implica hacer un llamado a los servidores públicos del Estado mexicano (Caso de V1 a V63, Víctimas del delito con motivo de los hechos ocurridos en el Casino Royale, en Monterrey, Nuevo León, 2012). La Cndh señalo que de manera posterior a los hechos ocurridos el 25 de agosto de 2011, en el Casino Royale se reformó el Reglamento de la Ley Federal de Juegos y Sorteos, el Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación y la Ley de Protección Civil para el estado de Nuevo León, todo ello, con la finalidad, por una parte, de regular con mayor rigor los centros de apuestas, salas de sorteos, casas de juego y casinos; así como para establecer un mejor control sobre los permisionarios y operadores de los mismos. Por la otra, con el objetivo de implementar medidas de protección civil en dichos establecimientos. La

Cndh , señaló que, debido a las irregularidades observadas, estas se tradujeron en un incumplimiento al deber de cuidado y a la debida diligencia que debieron observar las y los servidores públicos en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos determinó que la Secretaría del Trabajo y Previsión Social Federal, a través de su delegación en el estado de Nuevo León, al omitir realizar las visitas de verificación correspondientes en el establecimiento, se tradujo en una falta al deber de cuidado y de una debida diligencia, que tuvo como consecuencia que dicho lugar no contara con las medidas de seguridad correspondientes para sus trabajadores, poniendo en riesgo su seguridad, integridad personal y la vida.

Dentro de las recomendaciones realizadas, la Cndh , determinó la capacitación en materia de derechos humanos, entre otras.

IV. La Corte Idh y la debida diligencia

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha utilizado el termino de debida diligencia, en casos sobre violencia de género, y de forma más específica feminicidios, muestra de ello son casos como, Veliz Franco, Velasquez Paiz, Campo Algodonero, en ellos se habla de dos momentos claves en tema de debida diligencia, uno de ellos es el momento en el cual el Estado tiene conocimiento de la desaparición de la persona, y el segundo momento es en el hallazgo de los restos de la víctima, sin embargo la Corte Idh, ha dado un giro al termino de "debida diligencia", al enlazarlo con la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos, es por ello, que a continuación se hará referencia al artículo *"Debida diligencia en derechos humanos: Breves reflexiones" en* el cual, el Doctor Humberto Cantú Rivera, hizo un mención a que el deber de tomar medidas de debida diligencia para prevenir daños ha existido durante décadas en el derecho internacional, lo cual ha fomentado un desarrollo responsable por parte de los Estados, el

cual va más allá de los meros resultados de una acción para incidir en su procedimiento (Cantú Rivera 2017).

Cantú Rivera, señala que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, determinó en 1988 la debida diligencia como un requerimiento, el cual se ha convertido en pieza clave en cada una de sus resoluciones, hasta el día de hoy; siendo en una de ellas Velásquez Rodríguez (*Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, 1988)[8], en la cual la Corte señaló que "un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención." (Cantú Rivera 2017)

Dentro del citado artículo, el autor hace análisis del *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, en el cual la corte determinó que tendría que identificar las obligaciones que el Estado debía cumplir para garantizar su respeto al derecho internacional de los derechos humanos y a los derechos de los pueblos indígenas; y tras analizar las concesiones de exploración y extracción, consideró tres garan-

[8]El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado hondureño por la detención y posterior desaparición de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez. Los hechos del caso se producen en un contexto en el cual, durante los años de 1981 a 1984, entre 100 y 150 personas desaparecieron sin que de muchas de ellas se haya vuelto a tener alguna noticia. Tales desapariciones tenían un patrón muy similar, que se iniciaba mediante el secuestro violento de las víctimas, muchas veces a la luz del día y en lugares poblados, por parte de hombres armados, vestidos de civil y disfrazados, en vehículos sin identificación oficial y con cristales polarizados, sin placas o con placas falsas. Al respecto, la población consideraba como un hecho público y notorio que los secuestros se perpetraban por agentes militares, o por policías o por personal bajo su dirección.
Manfredo Velásquez era un estudiante de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras. Desapareció el 12 de septiembre de 1981 en un estacionamiento de vehículos en el centro de Tegucigalpa, secuestrado por varios hombres fuertemente armados, vestidos de civil, que utilizaron un vehículo Ford de color blanco y sin placas. El secuestro fue llevado a cabo por personas vinculadas con las Fuerzas Armadas o bajo su dirección.
Se interpusieron tres recursos de exhibición personal y dos denuncias penales. No obstante, los tribunales de justicia no efectuaron las investigaciones necesarias para encontrar a Manfredo Velásquez o sancionar a los responsables. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf]

tías que debían ser respetadas: la participación, los beneficios y la evaluación. Si bien es cierto los tres elementos son importantes en el tema de la debida diligencia, el que nos ocupa, y el de mayor trascendencia es el de la evaluación, especialmente cuando se miden los impactos que un proyecto determinado puede ocasionar sobre los derechos humanos, el medio ambiente o la sociedad; y fue en este sentido que la Corte IDH, determinó que se debían satisfacer dos condiciones para cumplir con la evaluación de impacto: primero, que debe ser previo al otorgamiento de la concesión –y por tanto, directamente relacionado con el concepto de consentimiento previo, libre e informado–; y segundo, que debe ser realizado por el Estado o por un tercero independiente con suficiente experiencia y capacidad técnicas bajo supervisión estatal (Cantú Rivera 2017).

Finalmente Cantú Rivera señala que la debida diligencia en derechos humanos se ha convertido en un concepto clave en la discusión sobre la responsabilidad de las empresas, y que al ser un concepto flexible, conocido en sus diferentes facetas tanto por las empresas como por los Estados, que puede ser ajustado conforme a las necesidades de las distintas circunstancias y contextos, la debida diligencia en derechos humanos puede ser instrumental para generar un cambio en los marcos jurídicos internos que constituya la base para futuros desarrollos de derecho internacional (Cantú Rivera 2017).

En sus pronunciamientos más recientes, la CIDSE ha determinado por primera vez, y haciendo aplicación del principio *iura novit curia*, la violación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dando un decisivo paso hacia la justiciabilidad plena y directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (*Vertiz Medina Primavera*, 2017), lo anterior dentro del caso Lagos del Campo vs. Perú (Caso *Lagos del Campo vs. Perú*, 2017), marcando el precedente en los DESCA.

En otro (Caso *Trabajadores Cesados de PetroPerú y Otros vs. Perú*, 2017) de sus pronunciamientos recientes la Corte IDH, mencionó que, dentro de los alegatos de los Trabajadores de Petroperú,

el Estado alegó que el hecho de que el Juzgado Especializado en lo Civil de Talara haya resuelto una medida precautelar a favor de los intereses de las presuntas víctimas hace carente de sentido cuestionar la autonomía e imparcialidad de todo el actuar del Poder Judicial. En relación con una resolución, en la cual fue revocada la de primera instancia, ya que se alegó que ésta estuvo debidamente motivada, y que no existía evidencia de que el juez actuara de manera parcializada, sino que su resolución fue resultado de una falta de debida diligencia de los representantes.

La Corte IDH, ha establecido que el Estado, como garante, tiene la obligación de proteger los Derechos Humanos y prevenir violaciones que puedan darse como consecuencia de las actividades de terceros particulares; si bien las empresas tienen el deber de actuar con debida diligencia, ello no puede llevar jamás a la idea equivocada de que cuando hay un tercero en escena, el Estado se puede desligar de sus obligaciones, es claro que el Estado debe exigir y vigilar que las empresas en efecto actúen con debida diligencia, en especial, cuando las actividades son riesgosas en potencia para los Derechos Humanos (Ibáñez 2014).

V. Conclusión

Como se observó en 2011 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, y continuando con el análisis realizado por el profesor Olivier De Schutter, se puede observar que, el termino de debida diligencia puede parecer una cosa sencilla, sin embargo, cuando tratamos de profundizar descubrimos la amplitud y dificultad que existe, por ejemplo, en identificar los riesgos en cada uno de los procesos ya que se trata de muchos y muy diversos; el termino de debida diligencia, ha sido abordado por distintos autores, quienes señalan que la variedad de medidas legales y reglamentarias confirman que la debida diligencia es un concepto que se utiliza ampliamente en las legislaciones nacionales,

de igual forma en una gran variedad de países de todas las regiones del mundo, a través de diferentes tradiciones jurídicas.

Estas medidas nacionales de debida diligencia son consistentes con el proceso de dicha diligencia descrito en los Principios Rectores. Además, el concepto de debida diligencia se encuentra en áreas del derecho que son análogas o directamente relacionadas con los derechos humanos, como los derechos laborales, la protección del medio ambiente, la lucha contra la corrupción, entre otras. A partir de la práctica de los Estados y las normas internacionales, es posible extraer una tendencia emergente en la de la debida diligencia similar en muchas jurisdicciones.

Con el fin de consolidar y fortalecer las protecciones existentes, y para avanzar en la protección de toda la gama de derechos humanos, los Estados deben hacer un mayor uso de las herramientas jurídicas ya establecidas.

Y finalmente, uno de los autores a los cuales se citó, hacía mención de la relación existente entre empresas, derechos humanos y debida diligencia dentro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, refiriendo que el deber de tomar medidas de debida diligencia para prevenir daños ha existido durante décadas en el derecho internacional.

Bibliografía

Bilchitz, David (2010): "El Marco Ruggie: "¿Una Propuesta Adecuada para las Obligaciones de Derechos Humanos de las Empresas?", en *Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 7, núm. 12, junio 2010, 209-241.

Cantú Rivera, Humberto (2017): "Debida diligencia en derechos humanos: Breves reflexiones", en *Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina*, Instituto Interamericano de derechos humanos. San José.

Comisión Nacional de Derechos Humanos (2012): *Caso de V1 a V63*, Víctimas del delito con motivo de los hechos ocurridos en el "Casino Royale", en Monterrey, Nuevo León. Recomendación número 66/2012, de 29 de noviembre.

Cedhnl (2012): Recomendación General 103/2012.

De Schutter, Oliver (2012): *Human Rights Due Diligence: the role of states*, United Nations Annual Forum on Business and Human Rights, New York.

Giner, Agnes (2008): "Las Empresas Transnacionales y los Derechos Humanos", en *Lan Harremanak*, núm. 19 , 67-87.

Gómez Trejo, Omar (2013): "Los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas: la debida diligencia", en *Defensor Revista de Derechos Humanos*, núm. 11, año XI,

Gos, Tatiana (2016): "La "Responsabilidad De Respetar" Los Derechos Humanos Y El Establecimiento Del Deber De Debida Diligencia Como Una Obligacion Legal Para Las Industrias Extractivas: Desa os Y Oportunidades En Las Americas", en *American University International Law Review*, vol. 32, núm. 4, 859-893.

Ibáñez-M., Pilar y Ordóñez-S., Viviana (2014): "Papel de las empresas y de los Estados en la debida diligencia en derechos humanos", en *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 12, núm, 24, 219-246.

Bonnitcha, Jonathan y McCorquodale, Robert (2017): "The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights", en *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 3, 899–919.

Martínez Garza Minerva (2013). "Los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas: la debida diligencia", en *Defensor Revista de Derechos Humanos*", núm. 11, año XI, 6-11.

Naciones Unidas (2011): *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos*, *17/4. Los derechos humanos y las empresas transnacionales, y otras empresas*, Naciones Unidas, Nueva York.

Ocde (2015): *Guía de Debida Diligencia para la Participación Significativa de las Partes Interesadas Involucradas en el Sector de Extracción*. Ocde, París. .

Rulli, Mariana (2012): *Guía de derechos humanos para empresas : proteger, respetar y remediar: todos ganamos* 1a ed. Buenos Aires, Programa Naciones Unidas para el Desarrollo, Red Argentina Pacto Global, Argentina.

Vertiz, Medina James (2017): "Novedades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *en Derechos en acción,* año 2, núm. 5 Primavera 2017.

Explorando las fronteras del derecho internacional de los derechos humanos: hacia la adopción de un tratado sobre empresas y derechos humanos

Exploring the frontiers of international human rights law: towards the adoption of a treaty on corporations and human rights

Daniel Iglesias Márquez
Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona
Universidad Rovira i Virgili

Sumario: I. Introducción. II. La evolución de la doctrina de la subjetividad internacional. III. El debate de la subjetividad de las empresas en el derecho internacional contemporáneo. IV. Las empresas como sujetos con personalidad jurídica internacional limitada: el camino hacia la imposición de obligaciones vinculante en materia de derechos humanos. 1. Capacidad de interponer acciones ante tribunales internacionales. 2. Capacidad de disfrutar derechos y tener obligaciones en el marco del Derecho internacional. 3. Capacidad de participar en la elaboración de tratados y acuerdos válidos en el plano internacional. V. Los intentos de regular a nivel internacional las actividades empresariales para el respeto de los derechos humanos. VI. El tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos: ¿hacia el reconocimiento de las empresas como sujetos de obligaciones y responsabilidad en virtud del derecho internacional? VII. Conclusiones.

Resumen: Las empresas juegan un papel importante en la arena internacional y, por ende, sus actividades afectan a la sociedad de distintas manera. Sus impactos negativos sobre los derechos humanos y el ambiente han sido objeto de mayor atención y han generado serias preocupaciones sobre cuáles son las respuestas regulatorias adecuadas a estas externalidades sociales adversas. Hasta ahora, las empresas no son sujetos de obligaciones en virtud del Derecho internacional. Sin embargo, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó una resolución

histórica en 2014 y estableció un grupo de trabajo intergubernamental para elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. Este futuro instrumento podría cambiar el papel de las empresas en el Derecho internacional al imponer obligaciones directas en materia de derechos humanos. El presente artículo tiene como objetivo evaluar la viabilidad de conferir obligaciones a entidades que no están formalmente reconocidas como *sujetos* del Derecho internacional y el efecto en la responsabilidad de las empresas por violaciones de derechos humanos. Asimismo, analiza el proceso, la forma y el contenido del futuro tratado, en particular, la discusión sobre si el instrumento debería establecer obligaciones directas para las empresas transnacionales en virtud del Derecho internacional. Finalmente, el artículo concluye que el futuro tratado ofrece una oportunidad única de poner los derechos humanos y las preocupaciones ambientales sobre los intereses de las grandes empresas.

Abstract: Corporations play an increasingly relevant role on the contemporary international stage, and as a consequence, their activities impact on the society in various ways. Their negative impacts on human rights and the environment have gained attention and have raised serious concerns about the adequate regulatory responses to these adverse social externalities. Until now, corporations have no obligations under international law. However, the Un Human Rights Council adopted a historic resolution in 2014 and set up an intergovernmental working group to elaborate an international legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises. This future instrument might change the role of corporations in international law by imposing them direct human rights obligations. This paper aims at assessing the feasibility of conferring obligations on entities which are not formally recognized as 'subjects' of international law and the effect on corporate accountability for human rights violations. Additionally, it analyses the process, form and content of the future treaty, in particular with regard to the discussion whether the future instrument should establish direct obligations under international law for transnational corporations. Finally, the paper suggests that the future treaty offers the unique opportunity to put human rights and environmental concerns over the interests of big corporations.

Palabras clave: *derechos humanos, empresas, personalidad jurídica internacional, obligaciones internacionales, tratado vinculante*.

Keywords: *human rights, business, international legal personality, international, obligations, binding treaty.*

I. Introducción

El proceso de globalización ha generado cambios trascendentales en la conformación y funcionamiento de la comunidad internacional. Estas transformaciones han ampliado de forma exponencial la esfera de poder, influencia y participación de las empresas, tanto a nivel nacional como internacional, incluso se ha llegado a afirmar que algunas de las empresas más grandes del mundo son más poderosas que muchos Estados. Así, a día de hoy, las empresas son agentes económicos con un papel relevante en la comunidad internacional y, por ende, sus actividades impactan de distintas maneras en las sociedades contemporáneas, tanto positiva como negativamente. Los impactos negativos de las grandes empresas sobre el disfrute de los derechos humanos y el medio ambiente han llamado la atención de la comunidad internacional, planteándose serias preocupaciones sobre cuáles son las medidas regulatorias y de gobernanza necesarias para hacer frente a las externalidades negativas de las actividades de las empresas.

El Derecho internacional tiene un gran potencial para crear un marco jurídico global que articule las obligaciones y responsabilidades de las empresas de promover y respetar los derechos humanos, así como de utilizar de manera sostenible los recursos naturales y de proteger el medio ambiente. Sin embargo, hasta el momento su función se ha centrado en mayor medida en regular la estructura interestatal que sostiene a la comunidad internacional. En este contexto, si bien ciertos agentes no estatales con gran presencia en la arena internacional han sido reconocidos como sujetos de Derecho internacional con una personalidad jurídica limitada, otros, como las empresas, siguen siendo invisibles en el

Derecho internacional y se consideran únicamente como objetos, más no sujetos de dicho ordenamiento.

Por tanto, de acuerdo a la visión clásica del Derecho internacional las empresas no son titulares de obligaciones vinculantes en el ámbito internacional. Este vacío jurídico les ha permitido a las empresas llevar a cabo sus operaciones globales con un alto grado de impunidad, aprovechándose de la asimetría normativa a nivel nacional e internacional. Desde la década de los ochenta se han incrementado los esfuerzos por establecer obligaciones y mecanismos internacionales para que las empresas cumplan con las normas internacionales de derechos humanos, desafiando así doctrinas clásicas del Derecho internacional. A día de hoy, las responsabilidades sociales y ambientales de las empresas en el ámbito internacional se encuentran consagradas principalmente en iniciativas voluntarias que han tenido resultados limitados para generar un cambio en el paradigma en el que operan las empresas.

A la luz de los cambios que ha sufrido la comunidad internacional y la participación *de facto* de las empresas en las relaciones internacionales, cabe cuestionar la visión clásica del Derecho internacional, incluyendo el régimen de los derechos humanos. En 2014, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó una resolución histórica y estableció un grupo de trabajo intergubernamental para elaborar un tratado vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales en virtud del Derecho internacional de los derechos humanos. Este futuro instrumento implicaría una transición del *soft law* al *hard law* para regular las actividades de las empresas y, además, podría cambiar el rol de las empresas en el Derecho internacional de los derechos humanos al imponer obligaciones directas de respeto y promoción de los mismos.

El presente artículo explora las fronteras del Derecho internacional de los derechos humanos y, por tanto, aborda el debate sobre el estatus jurídico que ostentan las empresas más allá del plano nacional, particularmente en relación a su subjetividad internacional como titulares de obligaciones vinculantes de respetar y promover las normas internacionales en materia de derechos humanos. Se analizan entonces los pros y los contras de atribuir obligaciones directas a las entidades económicas que no están formalmente reconocidas como "sujetos" del Derecho internacional y el efecto sobre la responsabilidad de las mismas por las violaciones de los derechos humanos cometidas en el marco de sus actividades económicas. Por ello, a raíz del análisis de la doctrina de la subjetividad internacional, el presente artículo tiene como objetivo contribuir al debate sobre las obligaciones vinculantes de las empresas en materia de derechos humanos, aportando argumentos que permitan avanzar en el reconocimiento de estos agentes económicos como titulares de obligaciones y responsabilidad internacional.

II. La evolución de la doctrina de la subjetividad internacional

Brownlie (2008), haciendo eco de los elementos de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de 1949 sobre la reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, define a los sujetos de Derecho internacional como aquellas entidades que poseen derechos y deberes internacionales y que tienen capacidad para mantener sus derechos a través de la presentación de acciones internacionales. La noción de sujetos de Derecho internacional está estrechamente vinculada a la personalidad jurídica internacional que surge de la capacidad para presentar acciones respecto a violaciones del Derecho internacional, de la capacidad de participar en la elaboración tratados y acuerdos válidos en el

plano internacional y del disfrute de privilegios e inmunidades de las jurisdicciones nacionales.

A la luz de lo anterior, el enfoque clásico en el ámbito internacional, encargado de regular primordialmente la estructura interestatal, considera a los Estados como los sujetos únicos y fundamentales de Derecho internacional (Cassese 2005: 71). La soberanía de los mismos les atribuye las competencias necesarias para crear y actualizar el Derecho internacional, es decir, les confiere la capacidad de asumir obligaciones supranacionales con otros Estados y su responsabilidad internacional en caso de incumplimiento. No obstante, la dinámica de cambios de la comunidad internacional ha resultado en la ampliación del grupo de actores reconocidos como sujetos de Derecho internacional. La visión clásica de la subjetividad internacional está quedando obsoleta a la luz del proceso de globalización, en el cual los actores no estatales con características distintas a las de los Estados tienen cada vez un mayor protagonismo y presencia a nivel internacional (Domingo 2009).

La anteriormente mencionada Opinión Consultiva de la CIJ no solo puso en evidencia la constante dinámica de cambios de la comunidad internacional, sino también diversificó los sujetos de Derecho internacional mediante el reconocimiento de las Naciones Unidas como sujeto con personalidad jurídica internacional capaz de poseer derechos y obligaciones internacionales y con la capacidad de reclamar sus derechos al presentar acciones en instancias internacionales. La Opinión Consultiva fue un hito en la evolución de la doctrina clásica del Derecho internacional ya que proclamaba que

> "[l]os sujetos de derecho, en un sistema jurídico, no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza o la extensión de sus derechos; y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad. El desarrollo del derecho internacional, a lo largo de su historia, ha estado influido por las exigencias de la vida internacional y el incremento progresivo de las actividades colectivas de los Estados

> ha originado ya ejemplos de acción ejercida en el plano internacional por ciertas entidades que no son Estados" (CIJ 1949: 179).

Así, las organizaciones internacionales pasaron a formar parte de la lista de sujetos de Derecho internacional hasta el punto de reconocer su capacidad de ser partes en los acuerdos internacionales y su capacidad de disfrutar de ciertos privilegios e inmunidades. Por tanto, a raíz de la Opinión Consultiva de la CIJ, los Estados ya no ostentan exclusivamente la subjetividad internacional sino, junto con las organizaciones internacionales, son considerados como los *tipos normales* (*normal types*) de personas jurídicas en el plano internacional (Brownlie 2008). No obstante, los Estados conservan su carácter de sujetos originarios del orden jurídico internacional, mientras que la subjetividad de las organizaciones internacionales es limitada y determinada por los poderes conferidos por los mismo Estados a través del instrumento legal que les confiere la personalidad jurídica (Klabbers 2009: 53-57).

Progresivamente la doctrina legal internacional ha reconocido como sujetos de Derechos internacional a otros actores no estatales que participan en las relaciones internacionales y que ejercen una influencia significativa en las mismas. Entre ellos: insurgentes, movimientos de liberación nacional y ciertas entidades *sui generis* o de tipo estatal (Cassese 2005: 71). Por ende, como señala Hellman (2018), "la soberanía ya no se erige como el atributo determinante sobre el que se aprecia o no la personalidad jurídica internacional de un sujeto." Asimismo, esto indica que a pesar de que ciertos actores no estales son considerados como sujetos de Derecho internacional, no necesariamente ostentan todas las capacidades que se derivan la personalidad jurídica internacional. Por ejemplo, no todos los actores no estatales señalados son capaces de firmar y ratificar tratados internacionales (Dal Ri Júnior y Bastos: 2018).

Incluso, gran parte de la doctrina legal contemporánea reconoce cierta subjetividad internacional a las personas físicas dotadas de plena capacidad jurídico-procesal, dado que ostentan una legitimi-

dad activa y pasiva a la luz del Derecho internacional. Es decir, por un lado, los individuos tienen capacidad para entablar una acción de reclamación ante órganos judiciales de carácter supranacional. Por ejemplo, en virtud del artículo 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos los individuos tienen capacidad de dirigirse a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que constatará si hay violación y en su defecto elevará el asunto en cuestión a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Del mismo modo, el sistema europeo de protección de los derechos humanos reconoce el *locus standi* de las personas físicas para que presenten demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal EDH) como verdaderos sujetos del Derecho internacional de los derechos humanos.

Por otro lado, la responsabilidad por violaciones al Derecho internacional se ha extendido parcialmente a actores individuales no estatales a raíz de los Tribunales de Núremberg que juzgaron las barbaries cometidas por particulares (dirigentes, funcionarios, empresarios y otros colaboradores del régimen nacionalsocialista) durante la Segunda Guerra Mundial (Nwapi: 2014). Por tanto, determinadas violaciones a las normas de carácter supranacional que atentan contra la humanidad generan la responsabilidad de los individuos. Los estatutos de los tribunales penales internacionales *ad hoc*[1] y el de la Corte Penal Internacional recogen en sus disposiciones el principio de responsabilidad penal internacional de los individuos en caso de incurrir en comportamientos tipificados como delitos contra el derecho de gentes. Por tanto, el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho penal internacional han presentado importantes avances en el otorgamiento de derechos y obligaciones a las personas físicas en el ámbito internacional (Pentikäinen: 2012).

[1] Véase artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, artículo 6 del Estatuto del Tribunal especial para Sierra Leona, artículo 6 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional ad hoc para la antigua Yugoslavia, artículo 1 del Estatuto del Alto Tribunal Penal Iraquí, artículo 2 del Estatuto del Tribunal Especial Para el Genocidio Camboyano.

El reconocimiento de la subjetividad internacional de los individuos supera la dicotomía sujeto-objeto del Derecho internacional en la que los Estados se consideran los únicos sujetos con capacidad para actuar en el plano internacional. De hecho, según la doctrina, admitir la existencia de nuevos sujetos de derecho internacional, tan diferentes entre sí, es admitir indirectamente que el enfoque tradicional sujeto-objeto es inadecuado para abordar los nuevos fenómenos en la comunidad global y el orden jurídico internacional.

Así, a día de hoy, reduciendo el protagonismo de los Estados en la arena internacional, las personas físicas, junto con otros actores no estatales, gozan del reconocimiento de una subjetividad internacional con una personalidad jurídica limitada, es decir, tienen la capacidad para presentar acciones ante tribunales internacionales, o bien, son titulares de obligaciones internacionales. Sin embargo, carecen de la capacidad de participar en la elaboración de tratados y acuerdos válidos en el plano internacional y del disfrute de privilegios e inmunidades de las jurisdicciones nacionales.

Este breve repaso a la doctrina en torno al concepto de subjetividad internacional pareciera indicar una evolución de la misma conforme a la dinámica de la comunidad internacional, apreciando la subjetividad en actores no estatales que juegan un papel crucial en el ámbito de la comunidad internacional y de las relaciones internacionales. Así, el ordenamiento internacional contemporáneo es aplicable tanto a los Estados (y organizaciones internacionales) como a los individuos. No obstante, en esta evolución en la que se ha logrado ampliar los sujetos de Derecho internacional no ha habido hasta el momento cabida para las empresas que permita avanzar en el reconocimiento de estos agentes económicos como titulares de obligaciones y responsabilidad internacional en materia de derechos humanos.

III. El debate de la subjetividad de las empresas en el derecho internacional contemporáneo

A la luz de lo anterior, está claro que en principio el Derecho internacional no está concebido para regular el comportamiento de las empresas. Esta percepción se ha mantenido hasta el día de hoy y, por tanto, las empresas son consideradas como objetos sin legitimidad internacional, es decir, únicamente son beneficiaras del ordenamiento jurídico internacional (Higgins 1994: 48-50). Por ende, en la actualidad, desde la perspectiva jurídica internacional, las actividades de las empresas que operan a nivel global están escasamente reguladas de manera directa.

No obstante, tanto la doctrina como la sociedad civil abogan por el reconocimiento de la subjetividad internacional de las empresas en analogía a otros actores internacionales que gozan de cierto grado de personalidad jurídica internacional limitada. Así, el debate de la subjetividad internacional de las empresas como sujetos titulares de obligaciones y de responsabilidades internacionales se puede analizar desde tres enfoques.

En primer lugar, se puede identificar una corriente con un enfoque clásico, en el que el Derecho internacional público establece las pautas y lineamientos de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (*State-centered approach*) como únicos sujetos titulares de obligaciones y de responsabilidad internacional, dejando al margen del ordenamiento internacional a otras entidades como las empresas, que también participan activamente en las relaciones internacionales. Es decir, a pesar de que las empresas se benefician de algunas disposiciones del Derecho internacional,[2] cuentan con una influencia cada vez mayor en el sistema económico global, son de carácter global y, en ocasiones, ejercen funciones similares a los Estados, no necesariamente son

[2] Según la opinión de Shelton, "[i]n general, international law has encouraged the formation of multinational companies. Bilateral investment treaties (Bits) have proliferated, pledging signatory states to recognize each other's respective legal business forms and permit their companies to establish subsidiaries, fi-

sujetos del sistema jurídico internacional (Malanczuk 1997: 100). Por el contrario, la personalidad y la capacidad jurídica de las personas privadas, como las empresas, están establecidas de conformidad con los ordenamientos jurídicos nacionales. Por ende, su estatuto jurídico es prácticamente inexistente a nivel internacional (Rodríguez Carrión 2002: 154).

Lo anterior, como se analiza más adelante, frena el desarrollo de estándares internacionales en materia de derechos humanos que sean vinculantes para las empresas en cualquier parte del mundo en donde lleven a cabo sus operaciones transnacionales. Esta visión clásica está quedando obsoleta a la luz del proceso de globalización, en el cual, como se comentó anteriormente, nuevos actores con distintas características a los Estados tienen cada vez una mayor participación y presencia a nivel internacional y, sobre todo, tienen un impacto significativo en el disfrute de los derechos humanos.

Por tanto, la presencia de nuevos actores de naturaleza distinta a los Estados en el plano internacional incita a la reestructuración del Derecho internacional de los derechos humanos para adecuarse al nuevo escenario global, especialmente teniendo en cuenta las desventajas del enfoque clásico para logar un control efectivo y para hacer efectiva la responsabilidad de entidades como las empresas transnacionales, que tienen un gran potencial de transgredir las normas internacionales de derechos humanos. Algunas de las consecuencias del mundo globalizado regido por la visión clásica del Derecho internacional son:

1) Los Estados a menudo no tienen la capacidad o la intención de adoptar medidas legales para controlar y regular a los nuevos actores de la globalización que cuentan con un poder similar o superior a los propios Estados, como las empresas transnacionales

nancial investments, joint ventures, and franchises. BITs provide basic rights to foreign businesses, including protection against expropriation and guarantees of most-favoured nation status, and identify the accepted dispute resolution mechanisms. Corporations are also recognized in some human rights instruments as having internationally-guaranteed rights" (Shelton: 2013).

que operan más allá de las fronteras territoriales, con dimensiones y estructuras que sobrepasan las economías y los recursos de los Estados que les permiten escapar del control y responsabilidad de los ordenamientos jurídicos internos. Por lo tanto, el vacío de gobernanza corporativa a nivel internacional crea un desequilibrio en relación a las obligaciones y responsabilidades del resto de los interlocutores en la arena internacional.

2) Las empresas transnacionales pueden abstenerse del cumplimiento de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos cuando los Estados no las incorporan en su ordenamiento jurídico interno. Por lo tanto, el comportamiento de las empresas se regula en función de las obligaciones internacionales reconocidas e incorporadas en el ordenamiento jurídico del Estado en el que operen. Así, los estándares de derechos humanos a los que están sujetas varían de un país a otro y, por lo general, no suelen ir más allá de lo contemplado en la legislación nacional del lugar donde operan.

3) En el contexto actual, las violaciones a las normas internacionales de derechos humanos no son exclusivas de los Estados y sus agentes, también pueden ser cometidas por los nuevos actores de la globalización como las empresas. Sin embargo, estas carecen de obligaciones y de responsabilidad internacional ya que el estado actual del Derecho internacional está configurado de forma que solo responden los Estados, a pesar de que las empresas son las que incumplen dichas normas internacionales.

El segundo enfoque más neutral deja abierta la pregunta sobre si las empresas son sujetos de Derecho internacional. De acuerdo con esta corriente no existe ningún impedimento legal para la ascensión de las empresas al canon de los sujetos de Derecho internacional. Nowrot (2010) señala que las empresas son sujetos de derechos y obligaciones internacionales a menos que los Estados y las organizaciones internacionales expresen lo contrario de una forma jurídicamente vinculante. La autora prescinde de una atribución explícita de subjetividad internacional por parte de los Estados

a las empresas y se basa en la posición fáctica que ostentan dichos agentes en las relaciones internacionales y en el reparto de responsabilidades entre gobiernos y empresas que está en evolución. Esto les confiere el estatus de sujetos del Derecho internacional público en el sentido de ser responsables de cumplir obligaciones de conductas jurídico-internacionales. En esta misma línea, de Jonge (2011) señala que mientras los economistas, politólogos y sociólogos reconocen ampliamente a las empresas como actores económicos globales con un papel relevante en la política internacional y en la sociedad, practicantes y académicos del Derecho internacional han quedado rezagados en el estatus legal de las empresas a pesar de su impacto *de facto* en dicho ámbito.

Así, según este segundo enfoque no existe ningún impedimento para que las empresas estén sujetas a las normas y principios internacionales de derechos humanos de la misma forma que los Estados, salvo que la comunidad internacional exprese lo contrario de manera jurídicamente vinculante. Por tanto, el hecho de que en el ámbito internacional no se contemplen mecanismos de implementación de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos para las empresas no significa que no puedan existir (Stephens 2002). En esta línea de ideas, Martín-Ortega señala que "la inexistencia de mecanismos de perseguir a empresas infractoras no debe ser utilizada como argumento para negar la cuestión de que estas entidades pueden participar en conductas prohibidas por el Derecho internacional y que por tanto son susceptibles de violarlo". (Martín-Ortega 2008: 99-100).

En tercer lugar, en contraste con el enfoque clásico, destaca una tercera corriente (*State-descentred approach*) en evolución apoyada por un número considerable de académicos, organizaciones de la sociedad civil y abogados practicantes, que tiene como objetivo principal cambiar el paradigma del régimen internacional contemporáneo para imponer mayores obligaciones y responsabilidades a los nuevos actores globales (Ratner 2001).

Este enfoque parte de la idea de que hoy en día el Derecho internacional no regula exclusivamente las relaciones entre los Estados ni que estos son los únicos protagonistas en el ámbito internacional, es decir, "[t]raditionally, international law was only about States: what they did and why they did it. Now international law, while primarily about States is also concerned with the actions of international organisations, armed groups, non-state actors, corporations, individuals and others" (McCorquodale 2016).

Actualmente, la comunidad internacional presenta características y actores distintos a aquellos que sirvieron de base para la conformación del orden jurídico internacional. En el caso de las empresas transnacionales, estas desarrollan actividades jurídicas internacionales y tienen una participación considerable en la creación, aplicación e implementación del Derecho internacional. En este sentido, Orts citando a Strange señala que "multinationals have been drawn to occupy a larger and larger part of the current picture of international relations. They are no longer playing walk-on parts, auxiliaries to the real actors. They are at center stage, right up there with governments" (Orts 1995).

Por tanto, este enfoque reconoce a las empresas como sujetos de Derecho internacional debido a la intervención *de facto* de las empresas en las relaciones internacionales (Ijalaye 1978: 244) y a la creciente privatización del Derecho internacional y de la justicia reflejada en el desarrollo de normas internacionales sobre inversión y arbitraje que contienen las disposiciones dirigidas a las empresas transnacionales (la nueva *Lex Mercatoria*).[3] De hecho, como se analiza en los siguientes apartados, el Derecho internacional de las inversiones reconoce y clarifica en gran medida la personalidad jurídica internacional de las empresas, ya que las considera como

[3] Mediante la nueva *Lex Mercatoria* los intereses de las grandes empresas quedan protegidos a través del conjunto de contratos, normas de comercio e inversiones de carácter multilateral, regional y bilateral y las decisiones de los tribunales arbitrales internacionales (Hernández Zubizarreta 2012). De acuerdo con datos de Unctad (2018), existen más de 2.000 acuerdos y tratados de libre comercio y protección de las inversiones en vigor.

actores autónomos distintos de los Estados y delinea sus derechos y obligaciones en un ámbito supranacional.

En el contexto actual, las empresas se benefician de un gran número de tratados internacionales que contribuyen a crear el escenario adecuado para sus negocios y actividades transnacionales (Zerk 2006: 76-79), pero estos instrumentos a menudo carecen de mecanismos de responsabilidad directa para las empresas. En este sentido, Omoteso y Yusuf (2017) señalan que "TNCs have, and continue to benefit immensely from international law, which protects their property rights and contractual interests, they also ought to be accountable through international law."

El ámbito internacional está impregnado de la esencia de actores no estatales, especialmente de las empresas transnacionales, lo que requiere de una adaptación de la estructura actual del Derecho internacional de los derechos humanos para cubrir los vacíos jurídicos y de gobernanza existentes a día de hoy en relación con estas entidades económicas. Por tanto, esta corriente cuestiona el *statu quo* del Derecho internacional que impone únicamente obligaciones internacionales a los Estados.

IV. Las empresas como sujetos con personalidad jurídica internacional limitada: el camino hacia la imposición de obligaciones vinculantes en materia de derechos humanos

Pentikäinen (2012), Alvarez (2011) y Klabbers (2009), más allá de clasificar a las empresas transnacionales como sujetos de Derecho internacional -entendida como una noción puramente descriptiva según Klabbers (2009)-, plantean la posibilidad de imponerles deberes y obligaciones y establecer mecanismos de participación de las empresas en las relaciones internacionales.

En este sentido, Clapham (2006) señala que el papel de los actores no estatales en el plano internacional no debe seguir siendo ignorado. Por consiguiente, hace alusión a la capacidad de estos actores de ser titulares de derechos y obligaciones mediante una personalidad internacional limitada. Es decir, no sustituye ni amenaza el papel primario de los Estados en el Derecho internacional, sino que considera que las empresas deben de operar de conformidad con las obligaciones internacionales.

En la misma línea, de Jonge (2011: 147-148) argumenta que si las empresas actúan como entidades globales tienen por tanto las responsabilidades inherentes a la ciudadanía global (*global citizenship*), lo cual no significa que deban tener los mismos derechos y obligaciones que los Estados. En este sentido, la anteriormente mencionada opinión consultiva de 1949 de la CIJ señala, respecto a la personalidad jurídica de la Organización de las Naciones Unidas, que la Carta de las Naciones Unidas le ha conferido derechos y obligaciones distintos a la de los Estados, concluyendo que a pesar de que posee en gran medida subjetividad internacional y capacidad para actuar a nivel internacional, no es ciertamente un Estado.

En el caso de las empresas, de manera análoga a los Estados y a otros actores reconocidos como sujetos de Derecho internacional (organizaciones internacionales e individuos), también cuentan con ciertas capacidades en el ámbito supranacional que incitan a que se les reconozca una subjetividad internacional para imponerles obligaciones vinculantes en materia de derechos humanos. En este sentido, la doctrina reconoce la capacidad de las empresas para interponer acciones ante tribunales internacionales para reclamar sus derechos, la capacidad de ostentar derechos y obligaciones derivados de instrumentos internacionales y, finalmente, la capacidad de participar en la elaboración de tratados y acuerdos válidos en el plano internacional.

1. *Capacidad de interponer acciones ante tribunales internacionales*

En relación a la capacidad de las empresas para interponer acciones ante tribunales internacionales para reclamar sus derechos, la jurisprudencia del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional sobre inversiones constata el *locus standi* de las empresas para acudir a instancias supranacionales para interponer quejas relacionadas a las violaciones de normas internacionales por parte de los Estados.

Por ejemplo, en el sistema europeo de protección de los derechos humanos, las empresas han hecho uso de esa legitimación para interponer acciones frente a tribunales internacionales en defensa de sus intereses. Se puede citar un gran número de casos en el sistema europeo de derechos humanos en los que las empresas alegan la violación a los derechos contenidos en la Convención Europea de Derechos Humanos.[4] Principalmente alegan que los Estados han vulnerado sus derechos procesales, su derecho a la libertad de expresión y su derecho al respeto de sus bienes (Wouter y Chané 2013). Como antecedentes de estos supuestos se pueden destacar casos como *Sunday Times v. The United Kingdom* (1979), *Société Colas Est and Others v. France* (2004), *Gt Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland* (2001) o *Autronic Ag v. Switzerland* (1990), todos ante el Tribunal Edh.

Esto sugiere que las empresas en el sistema europeo tienen entrada solamente como potenciales víctimas.[5] Mientras tanto, los particulares no pueden plantear sus reclamaciones contra las empresas ante una jurisdicción internacional por las violaciones de

[4] El artículo 34 de la Convención Europea de Derechos Humanos establece que "[e]l Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos". El término de organizaciones no gubernamentales contempla a las personas jurídicas como posibles víctimas de violaciones de derechos estipulados en la Convención. Por tanto, tienen el derecho, y lo han hecho valer en diversas instancias, de interponer acciones ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo (van den Muijsenbergh *et al.* 2012).

[5] En 2016, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva OC-22/16, solicitada por la República de Panamá, sobre la titularidad

derechos humanos causadas en el desarrollo de sus actividades. Por tanto, en relación al tema principal del presente artículo, parece entonces incongruente que no se les imponga obligaciones internacionales en materia de derechos humanos mientras que disfrutan del sistema de protección.

En el ámbito del Derecho internacional de las inversiones, las empresas, sin la necesidad por lo general de tener que agotar los recursos internos, han alegado ante tribunales internacionales de arbitraje de controversias entre inversores y Estados el incumplimiento de los tratados –multilaterales o bilaterales- de inversión por parte de los *host States* por adoptar medidas que tienen a menudo la finalidad de proteger los derechos humanos y el medio ambiente. La posible consecuencia de estas acciones es que los Estados tengan que pagar considerables indemnizaciones a las empresas por el hecho de querer cumplir con sus obligaciones y compromisos internacionales respecto a su población y al medio ambiente, sin mencionar el pago de los costes judiciales (Zambrana Tévar 2015).

En este sentido, se puede hacer referencia a la demanda de arbitraje internacional interpuesta por la empresa *Chevron* ante la Corte Permanente de Arbitraje en La Haya, bajo la regulación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. El arbitraje surgió de una supuesta interferencia por parte del Gobierno de Ecuador en un caso de responsabilidad por

de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), concluyó que los derechos humanos pertenecen principalmente a las personas físicas y que estos derechos solo se aplican a personas jurídicas cuando esto sea necesario para concretar los derechos humanos de las personas físicas que las integran. Esta opinión de la Corte es contraria a la del sistema europeo de derechos humanos, que otorga ciertos derechos a las personas jurídicas. Así, las empresas no son titulares de derechos humanos según la Convención Americana de Derechos Humanos y por ende no pueden acceder al SIDH como víctimas. No obstante, esto quiere decir que a pesar del hecho de que las personas jurídicas en sí mismas no sean titulares de derechos humanos, las personas jurídicas puedan buscar recurso a través del SIDH para la defensa de sus derechos fundamentales, aunque los mismos sean ejercidos exclusivamente a través de la persona física. Así, ha quedado establecido en diversas resoluciones de la Corte como en el caso *Ivcher Bronstein v. Perú* o *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) v. Venezuela* [2015].

daños ambientales, a la salud de las personas y a las formas de vida de las comunidades por las actividades extractivas de la empresa. En este caso, el tribunal concluyó que los Acuerdos de liberación de responsabilidades que el Gobierno de Ecuador firmó eximían a la empresa de toda responsabilidad por cualquier reclamo ambiental colectivo o de interés público (Uncitral 2009).

Por tanto, el hecho de que las empresas puedan ser parte en las disputas internacionales como en el ámbito de inversión o reclamar violaciones a derechos humanos en beneficio de sus intereses económicos, es sin duda un primer indicador que incita a plantear la adaptación de la estructura actual del Derecho internacional para reconocer la titularidad de las empresas de obligaciones vinculantes en materia de derechos humanos.

2. *Capacidad de disfrutar derechos y tener obligaciones en el marco del Derecho internacional*

De la capacidad de las empresas de interponer acciones internacionales ante tribunales internacionales se puede deducir que gozan de ciertos derechos en el marco del Derecho internacional. Tanto la jurisprudencia del Tribunal edh como la de los tribunales internacionales de arbitraje constatan que las empresas, al igual que los individuos, disfrutan de derechos derivados de los instrumentos internacionales.

En relación a las obligaciones de las empresas derivadas de los instrumentos internacionales, parte de la doctrina legal internacional argumenta que, en teoría, las empresas ya tienen obligaciones en el marco del Derecho internacional. Sin embargo, no existen mecanismos internacionales capaces de imponer sanciones a las mismas cuando violan estas obligaciones (Duruigbo 2008). Si bien la tendencia es hacia el reconocimiento de que el Derecho internacional contemporáneo regule la conducta de las corporaciones privadas en diversos ámbitos, cabe destacar que esta regulación puede darse de forma indirecta o directa.

Por lo general, se trata de una forma indirecta, es decir, el Derecho internacional exige a los Estados, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, que promulguen y hagan cumplir las normas que regulan el comportamiento de las empresas (Vázquez 2005). No obstante, es posible identificar algunos instrumentos internacionales que de manera excepcional interponen obligaciones directas a las empresas.

Por ejemplo, en materia ambiental se puede hacer referencia a algunos instrumentos internacionales que regulan actividades de especial riesgo como el transporte de hidrocarburos o materias peligrosas, de residuos peligrosos, energía nuclear, etc., que imponen obligaciones y responsabilidades directas a los actores privados.[6] A modo de ejemplo, el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos, de 29 de noviembre de 1969, estipula que el propietario de un buque, que podría ser una empresa, será responsable de todos los daños por la contaminación causada por los hidrocarburos derramados o descargados desde el barco a resultas del siniestro (artículo III.1). Asimismo, el Convenio del Consejo de Europa sobre Responsabilidad Civil por Daños Resultantes de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente, de 21 de junio de 1993, señala que el operador de una actividad peligrosa, que también podría ser una empresa, será responsable por los daños causados por la actividad como consecuencia de incidentes en el momento o durante el período en que ejercía el control de esa actividad (artículo 6.1).

En la misma línea se puede hacer referencia a otros instrumentos internacionales que se extienden al ámbito de los derechos humanos. El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la

[6] Ratner (2007) manifiesta que los tratados internacionales de responsabilidad civil por determinadas actividades de especial riesgo regulan directamente a las empresas ya que les imponen la obligación de no causar contaminación. Se trata de convenios relativos al empleo de la energía nuclear, al transporte de hidrocarburos o al transporte de sustancias peligrosas.

utilización de Niños en la Pornografía, de 25 de mayo de 2000, señala que "los Estados Parte adoptarán, cuando proceda, disposiciones que permitan hacer efectiva la responsabilidad de personas jurídicas […] la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser penal, civil o administrativa" (artículo 3.4). Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000, que impone que "[c]ada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado" (artículo 10.1).

A la luz de lo anterior, la idea de que las empresas puedan estar sujetas a obligaciones directas en virtud del Derecho internacional contemporáneo parece que está ganando impulso poco a poco y esto se refleja principalmente en el Derecho internacional de los derechos humanos, como más adelante se analiza con mayor detalle.

3. *Capacidad de participar en la elaboración de tratados y acuerdos válidos en el plano internacional*

Las empresas no tienen la capacidad de concluir tratados y acuerdos internacionales. No obstante, esto no significa que no puedan contribuir en el proceso de elaboración de los mismos. En este sentido, Arato señala que las empresas formulan de manera indirecta sus propias normas sustantivas y procesales internacionales en común acuerdo con los Estados. Dado que no cuentan con capacidades legislativas en el ámbito internacional, los Estados sirven de mediadores para diseñar normas que benefician sus intereses (Arato 2015).

En diversos ámbitos del Derecho internacional, se reconoce que las empresas participan de manera informal o indirecta en el proceso de elaboración de dichos instrumentos a través de prácticas de *lobby*, acompañando a las delegaciones de los Estados, o bien,

ejerciendo su poder político y económico para definir la agenda política y legal en las negociaciones.

En el ámbito económico, es bien sabido que las empresas participan activamente mediante *lobbies* en la Organización Mundial de Comercio o en otros foros internacionales para dar una estructura y contenido a la *Lex Mercotaria*. De igual manera, se detecta una alta injerencia por parte de algunas empresas en las negociaciones sobre el cambio climático que tiene lugar en el seno de las Naciones Unidas, principalmente de las empresas del sector de hidrocarburos y de energía, que son las que emiten más gases de efecto invernadero. Se alega, por tanto, que estas empresas están obstruyendo los intentos para avanzar en las políticas internacionales para abordar la crisis climática que afecta el disfrute de los derechos humanos y el medio ambiente global (ActionAid International *et al.* 2017).

Asimismo, como se observa más adelante, en el actual proceso de elaboración del tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos, las organizaciones internacionales del sector privado han tenido una presencia y participación significativa durante las sesiones de trabajo llevadas a cabo en el seno de las Naciones Unidas, permitiéndoles así contribuir con aportaciones e insumos al diseño y contenido del futuro instrumento.

En la disciplina contemporánea de las relaciones internacionales existe una visión clásica que señala que tener personalidad jurídica plena en virtud del Derecho internacional significa la prerrogativa de participar en el proceso legislativo (Byers 199). Por ende, el alto grado de participación de las empresas en el proceso de elaboración de tratados y acuerdos internacionales, junto con su capacidad de interponer acciones ante tribunales internacionales y de disfrutar derechos y, en ocasiones, hasta ser sujetos de obligaciones en virtud del Derecho internacional, supone que las empresas pueden ser reconocidas como sujetos con personalidad jurídica internacional limitada.

En este sentido, Deva hace una interesante propuesta sobre la personalidad jurídica limitada de las empresas, respondiendo a la pregunta de si las empresas deberían ser tratadas como sujetos de Derechos internacional. Así, en primer lugar, sugiere reconceptualizar el Derecho internacional, al igual que el estatus legal de las empresas a nivel internacional. En segundo lugar, propone que es imperativo tratar a las empresas como sujetos limitados de Derecho internacional (*secondary limited subjects*), con la finalidad de que entren directamente dentro de la jurisdicción de las instituciones internacionales. Por tanto, el autor mantiene la posición de los Estados como los sujetos principales del Derecho internacional, pero atribuye a las empresas ciertos derechos, como el de participar en las negociaciones de los tratados internacionales relacionados con temas que les afectan directamente – y, particularmente, en tratados de derechos humanos- o el de interponer quejas por el incumplimiento de dichos tratados. A su vez, les atribuye obligaciones que, en caso de incumplimiento, les lleven a incurrir en una responsabilidad directa. No obstante, deja intactos ciertos atributos correspondientes a los Estados, como la inmunidad de jurisdicción en otros Estados (Deva 2003).

No obstante, en la *praxis* queda pendiente el reconocimiento formal de las empresas como sujetos con personalidad jurídica internacional limitada, ya que a pesar de que son receptoras de una cuantiosa regulación internacional y de que juegan un papel relevante en el ámbito internacional y en el sistema económico global, por ahora no se les confiere la mencionada subjetividad internacional.

V. Los intentos de regular a nivel internacional las actividades empresariales para el respeto de los derechos humanos

La falta de capacidad y de voluntad de algunos Estados para controlar y regular las actividades empresariales en un contexto

de globalización económica, así como el modo en que las empresas transnacionales realizan sus operaciones en los países del Sur Global y sus consecuencias negativas sobre el medio ambiente y la población, han generado una gran polémica en la comunidad internacional. El debate sobre las empresas gira en torno a dos ejes principales: 1) la necesidad de un marco jurídico internacional que aborde de forma adecuada las obligaciones de las empresas de respetar los derechos humanos y de proteger el medio ambiente y, muy ligado a este, 2) la garantía de las personas perjudicadas por los abusos corporativos de acceder a mecanismos eficaces de reparación.

En el contexto actual, los Estados no son los únicos agentes capaces de cometer graves violaciones de derechos humanos o de causar catástrofes ambientales que afecten el disfrute de los mismos. Por ende, en el ámbito internacional de los derechos humanos es donde más se ha debatido en los últimos años la subjetividad internacional de las empresas, debido a la urgencia de adoptar un tratado vinculante que les imponga obligaciones directas con el fin de evitar el incumplimiento de las normas internacionales en materia de derechos humanos y medio ambiente. Es decir, se busca diseñar un marco normativo internacional que sirva de contrapeso a la asimetría entre derechos y obligaciones de las empresas en el ámbito internacional (Hernandez Zubizarreta 2009).

En este sentido, autores como Zerk (2006: 76-79) consideran que, al menos teóricamente, el Derecho internacional podría imponer algunas obligaciones directas a las empresas en el ámbito de los derechos humanos. Así, algunos de los argumentos legítimos para la creación de normas coercitivas para las empresas son que no solo los Estados y las organizaciones internacionales serían destinatarios y responsables de cumplir con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y medio ambiente, sino que las empresas también desempeñarían un papel más activo en el cumplimiento de dichas obligaciones, fomentándose así una cultura empresarial más respetuosa con la sociedad y su entorno

a nivel global. Por otra parte, implica que a pesar de que algunos Estados no cuentan con los recursos necesarios o son incapaces de regular eficazmente a las empresas para la protección de los derechos humanos, estas deberán cumplir unas obligaciones mínimas independientemente del ordenamiento jurídico nacional interno al que estuvieran sujetas estas entidades.

No obstante, la concepción clásica del Derecho internacional descrita en apartados anteriores ha tenido como resultado, por un lado, intentos fallidos de concretar estándares internacionales en materia de derechos humanos vinculantes para las empresas y, por otro lado, la adopción y proliferación de instrumentos de *soft law* que contienen disposiciones internacionales directas de carácter no vinculante (Ruiz Galán 2017).

En relación a los instrumentos de *soft law*, se trata de guías, directrices e iniciativas voluntarias como las Líneas Directrices para empresas multinacionales adoptadas en 1976 en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), que contienen recomendaciones no vinculantes de los gobiernos a las empresas para que cumplan su responsabilidad de respetar los derechos humanos, laborales y ambientales. En el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se adoptó en 1977 la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social. En esta misma línea, en 1999, el entonces secretario general de la ONU, Kofi Annan, propuso el Pacto Mundial, un documento organizado en diez principios relacionados con los derechos humanos, el trabajo, el medio ambiente y la corrupción, cuyo objetivo es relanzar la responsabilidad social de las empresas a través de un compromiso voluntario, aunque abierto también a la adhesión de otros actores. Con un planteamiento similar, pero de iniciativa privada no gubernamental, encontramos la *Global Reporting Initiative* (GRI) y las *Sustainability Reporting Guidelines*.

Estos instrumentos de *soft law* constituyen un primer paso para que las empresas respeten los derechos humanos, ya que tienen una

función de estimulación para generar el involucramiento voluntario por parte de las empresas para alcanzar el objetivo señalado. Sin embargo, lograr el cumplimiento de estos instrumentos es mucho más complejo por la falta de coercitividad inherente, poniendo en relieve la necesidad de normas coercitivas que definan los estándares de conducta para las empresas, así como las responsabilidades y las consecuencias legales en caso de incumplimiento.

En relación a los intentos fallidos de concretar estándares vinculantes que sean aplicables para las empresas, cabe hacer referencia al Proyecto de Código de Conducta de las Naciones Unidas para las Empresas Transnacionales (Proyecto de Código) y las Normas de las Naciones Unidas sobre Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la esfera de los Derechos Humanos (Normas). Estos instrumentos surgieron en contextos con diferentes características socioeconómicas.

El Proyecto de Código fue el primer intento para regular internacionalmente a las empresas que se enmarcó en los debates de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la soberanía permanente de los recursos naturales en de la década de los sesenta (GA Res 1803(XVII)). De esta forma, se creó la Comisión de Empresas Transnacionales de la ONU y en 1974 se iniciaron las labores para la elaboración de un Código de Conducta para las empresas transnacionales. Por tanto, este instrumento surgió en un período de reajustes a la economía internacional y de afirmación política del Sur global, por lo que estaba destinado en esencia a promover y crear las condiciones adecuadas de cooperación entre las empresas y los Estados.

El Proyecto de Código estaba divido en dos secciones que pretendían alcanzar un equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las empresas y de los Estados. La primera sección (*Activities of Transnational Corporations*) abordaba las actividades de las empresas transnacionales y contenía estándares de comportamiento directamente aplicables a las empresas. El principal objetivo de

esta sección era minimizar los impactos negativos de las empresas transnacionales, por ello contenía disposiciones relacionadas con el respeto de los derechos humanos, la no intervención en los asuntos internos de los *host States* y la abstención de prácticas corruptas, entre otras. La segunda sección (*Treatment of Transnational Corporations*) se centraba en el trato general a las empresas transnacionales por parte de los países donde operaban (Sauvant 2015). Finalmente, el Código no fue adoptado oficialmente y existían varias dudas sobre si su naturaleza debía ser vinculante o voluntaria. Asimismo, se planteaba la cuestión sobre si los mecanismos de implementación debían ser nacionales o internacionales.

Por su parte, las Normas, ya en un contexto histórico distinto, se concibieron como la base para el potencial desarrollo de un tratado con obligaciones compartidas entre los Estados y las empresas de respetar los derechos humanos y prevenir violaciones a los mismos. Las Normas, aprobadas por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos en 2003, tenían el objeto de desarrollar estándares normativos para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en el ámbito de los derechos humanos.

Una de las particularidades de este instrumento fue que más allá de intentar cambiar el paradigma del sistema global económico, apostó por la adaptación a los estándares existentes en él, es decir, por una reformulación de los principios jurídicos internacionales para que fueran aplicables a las empresas. En este sentido, Vázquez (2006: 928), en relación a las Normas, señala que "[t]he document purported to be largely a restatement of corporations' existing obligations under international human rights law. Its authors acknowledged, however, that the obligations set forth in the document went further in some respects than existing international law."

Las Normas contenían una obligación general y seis obligaciones específicas derivadas de diferentes textos internacionales.[7] Por

[7] Las obligaciones específicas estaban divididas en seis secciones: derecho a

tanto, a raíz de las normas y textos vigentes en materia de derechos humanos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las Normas intentaron imponer obligaciones vinculantes a las empresas transnacionales y otras empresas comerciales a través de un proceso consultivo formal de las Naciones Unidas, que anteriormente ya había desarrollado iniciativas de *soft law* en otras áreas.

El texto establecía un listado de los principales derechos que las empresas podían afectar a través de sus actividades, y señalaba la conducta que debían observar. Se contemplaba que aunque los Estados tienen la responsabilidad primaria de proteger, respetar y garantizar los derechos humanos, las empresas también tenían obligaciones similares a la de los Estados. Se trataba, por tanto, de una corresponsabilidad ya que reconocían que las empresas también podían afectar el disfrute de los derechos humanos.

Por ende, las Normas rompían la estructura clásica del Derecho internacional y en ello residió la falta de apoyo político por parte de los Estados y de las empresas, que manifestaron fuertes reservas e hicieron hincapié en que este instrumento no debía apartarse de la estructura tradicional del Derecho internacional público, destacando así el papel central y fundamental de los Estados como sujetos únicos y exclusivos del Derecho internacional. En esta línea de ideas, en 2005, el informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales con respecto a los derechos humanos destacaba que los Estados son los principales titulares de obligaciones en materia de derechos humanos, no obstante, añadió que las empresas pueden afectar significativamente el disfrute de los derechos humanos (Oacdh 2005).

la igualdad de oportunidades y a un trato no discriminatorio, derecho a la seguridad personal, respeto de la soberanía nacional y de los derechos humanos, obligaciones en materia de protección del consumidor y obligaciones en materia de protección del medio ambiente.

A pesar del rechazo de las Normas, parecía que este instrumento estaba destinado a influir en el desarrollo del Derecho internacional y, sobre todo, a marcar las pautas de la agenda internacional en materia de empresas y derechos humanos. Sin embargo, a día de hoy, siguen proliferando los códigos de conducta voluntarios y declaraciones de *soft law*, mientras tanto, la adopción de *hard law* que contenga obligaciones vinculantes para las empresas continúa emergiendo lentamente.

Tras el abondo de las Normas, el Consejo de Derechos Humanos (CDH), buscando impulsar el debate y la agenda internacional sobre empresas y derechos humanos, ha puesto en marcha dos procesos paralelos sobre las responsabilidades que corresponden a las empresas en cuanto al respeto a los derechos humanos y sobre la necesidad de cubrir las lagunas existentes respecto a la rendición de cuentas en casos de eventuales violaciones de derechos humanos. Así, mediante la Resolución 17/4 se aprobaron de manera unánime en 2011 los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, que ponen en práctica los tres pilares del Marco de las Naciones Unidas: "Proteger, Respetar y Remediar" (A/HRC/17/31). Este instrumento cuenta con un enfoque predominantemente de carácter de *soft law*. Poco después, y de gran relevancia para el presente artículo, el mismo CDH, sobre la base de una propuesta de Ecuador y Sudáfrica, adoptó la Resolución 26/9 en 2014, relativa a la "Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en materia de derechos humanos" (A/HRC/RES/26/9), a cargo de un Grupo de Trabajo Intergubernamental (GTI) de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos. Este sendero lleva a la elaboración de un instrumento de *hard law*.

Los Principios Rectores fueron el resultado de un proceso conducido, entre 2005 y 2011, por el Representante Especial del

Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie. En su mandato destacaron dos etapas importantes. En la primera etapa (2005-2007) desarrolló el Marco de las Naciones Unidas "Proteger, Respetar y Remediar" que describe los deberes y las responsabilidades de los Estados y las empresas transnacionales para hacer frente a los abusos de derechos humanos relacionados con las actividades empresariales. En vista de la rápida y amplia aceptación de los principales actores en el ámbito de empresas y derechos humanos, el Marco fue adoptado en 2008 de manera unánime por el CDH y se prorrogó el mandato del Profesor Ruggie tres años más para poner en práctica el Marco a los efectos de brindar una protección más eficaz a las personas y comunidades de los abusos corporativos (A/HRC/8/5).

Tras varias consultas con los Estados, empresas, organizaciones de la sociedad civil y otros grupos de interés, el Profesor Ruggie concluyó su segunda etapa (2008-2011) con la aprobación unánime del CDH de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, que ponen en práctica los mencionados tres pilares del Marco de las Naciones Unidas (A/HRC/17/31), constituyendo el último instrumento internacional adoptado por los Estados y las empresas en el marco de las Naciones Unidas para establecer la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos.[8] El respaldo general a este instrumento puso de manifiesto la convergencia sobre la necesidad de desarrollar progresivamente estándares aplicables a las empresas al auspicio del Derecho internacional.

[8] Para dar seguimiento al mandato de Ruggie, el CDH creó un Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos conformado por cinco expertos independientes (actualmente Michael K. Addo, Pavel Sulyandziga, Dante Pesce, Anita Ramasastry y Surya Deva) que tienen la función de promover y hacer recomendaciones a los Estados y a las empresas sobre la implementación de los Principios Rectores. El grupo de expertos se encarga de dirigir el Foro anual sobre empresas y derechos humanos que reúne a los Estados, empresas, académicos, organizaciones de la sociedad civil para promover el diálogo y cooperación en el tema de empresas y derechos humanos (A/HRC/17/4).

El marco de los Principios Rectores está basado en tres pilares, que agrupan 31 principios y sus comentarios respectivos: 1) la obligación de proteger los derechos humanos por parte de los Estados, 2) la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos y 3) el acceso a la reparación por parte de las víctimas de vulneraciones de derechos humanos. Los pilares están relacionados y cada uno de ellos compila una serie de recomendaciones y propuestas de prevención y reparación que se interrelacionan y que posteriormente deberían ser desarrolladas a nivel interno mediante la adaptación de leyes y reglamentos que tengan como finalidad que las empresas respeten efectivamente los derechos humanos y prevengan o reduzcan las consecuencias adversas de sus actividades o las de sus filiales o socios.

El segundo pilar de los Principios Rectores implica la expectativa social de que todas las empresas, independientemente de su tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura, actúen con debida diligencia y gestionen sus impactos para evitar infringir los derechos humanos de terceros y para hacer frente a las consecuencias negativas en las que estén implicadas directa o indirectamente a través de su esfera de influencia. Esto implica el compromiso político de las empresas de identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de los impactos reales y potenciales en el disfrute de los derechos humanos.

Según el Profesor Ruggie, los Principios Rectores se constituyeron como la primera plataforma conjunta de acción a nivel global para la creación de normativa común, así como para aclarar y asesorar políticamente a las empresas y a las administraciones sobre cómo proteger, respetar y remediar los derechos humanos, sin que ello obstaculizara cualquier otro desarrollo normativo a largo plazo. De esta manera, otros instrumentos que contienen disposiciones internacionales directas de carácter no vinculante para las empresas, como las Líneas Directrices de la Ocde o la Declaración tripartita de la Oit, se han alineado a los Principios Rectores.

Los Principios Rectores se adecuan al *statu quo* del Derecho internacional, caracterizado por una invisibilidad jurídica de las empresas que, como se señaló anteriormente, de acuerdo a la concepción clásica, no son consideradas como titulares directas de obligaciones internacionales, y cuya virtualidad siempre depende de la mediación estatal. Esto ha quedado plasmado en los trabajos preparatorios del Profesor Ruggie, que reconoce que el deber de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales es atribuible únicamente a los Estados. Por ende, considera que los Estados deben garantizar que las empresas en su jurisdicción respeten los derechos humanos a través de medidas y herramientas nacionales, y con apoyo internacional.

Está claro, por tanto, que el texto se aleja de la prescripción de nuevas obligaciones vinculantes para las empresas bajo el Derecho internacional y que en su lugar pone énfasis en el Estado como principal responsable de observar el respeto de los derechos humanos. La mayor crítica y decepción de este instrumento es su falta de obligatoriedad, argumentándose que cae dentro de la misma lógica e ineficacia de la Responsabilidad Social Corporativa (Rsc). Así, mientras algunos académicos y organizaciones de la sociedad civil observan este instrumento con recelo y abogan por instrumentos con un enfoque más vinculante, las empresas y algunos Estados lo acogen y respaldan de manera positiva ya que se mantiene dentro de la lógica del sistema económico global.

Dado que la lógica operativa de los Principios Rectores consiste en que los Estados adopten las medidas necesarias para proteger los derechos humanos y garantizar el acceso a vías de reparación, el Cdh creó el anteriormente mencionado Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas para facilitar la implementación de los mismos en el plano nacional. A raíz del llamamiento de diversas organizaciones europeas a implementar los Principios Rectores a nivel nacional, el Grupo de Trabajo ha urgido la elaboración de planes nacionales

de acción sobre empresas y derechos humanos como herramientas políticas que permitan evolucionar las estrategias normativas formuladas por los Estados para prevenir las violaciones de los derechos humanos por las empresas y proteger contra ellas. Dichos planes deben hacer un balance de las medidas que los Estados tienen que poner en marcha para aplicar los Principios Rectores y, a su vez, deben determinar las carencias que exigen nuevas medidas normativas a esos efectos.

A más de cinco años desde la adopción de los Principios Rectores, la implementación de los mismos a nivel nacional ha tenido un desarrollo lento. Si bien han servido para clarificar la temática de empresas y derechos humanos a nivel internacional, los resultados han sido ineficaces para resolver el problema de fondo, que es modificar el comportamiento de las empresas basado en una cultura empresarial del respeto de los derechos humanos y la protección del medio ambiente. Algunos Estados han presentado importantes desarrollos legislativos para alcanzar este objetivo, imponiendo obligaciones coercitivas a las empresas para respetar los derechos humanos en todas sus operaciones (Fasciglione 2016). No obstante, no son suficientes para cambiar el paradigma global en el que operan actualmente las empresas.

VI. El tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos: ¿hacia el reconocimiento de las empresas como sujetos de obligaciones y responsabilidad en virtud del derecho internacional?

Por su parte, la *Resolución 26/9*, propuesta por Ecuador y Sudáfrica (con el apoyo de otros 83 Estados y de numerosas organizaciones de la sociedad civil), supuso un hito en la agenda internacional sobre empresas y derechos humanos, ya que abrió el proceso de elaboración de un tratado vinculante que tiene como finalidad pri-

maria subsanar las deficiencias en la normativa y en la gobernanza relativas a las interacciones entre empresas y derechos humanos. En este sentido, uno de los objetivos de dicho instrumento es la regulación directa de las obligaciones y responsabilidades de las empresas en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, alcanzando así una transformación real del *statu quo* del Derecho internacional. No obstante, aún se mantienen varias interrogantes en relación a esta cuestión, así como los derechos y el tipo de empresas que cubrirá el futuro instrumento. Otras de las cuestiones que se espera que el tratado aborde y que están contempladas en la agenda son: el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, la debida diligencia obligatoria, los órganos de control y supervisión del tratado, el levantamiento del velo corporativo de los grupos empresariales y la cooperación judicial internacional, entre otros.

Por lo anterior, la *Resolución 26/9* estableció que el GTI se reuniera en varios períodos de sesiones para deliberar constructivamente el contenido, el alcance, la naturaleza y la forma del futuro instrumento internacional con el fin de presentar un borrador para el tercer período de sesiones en 2017, en el que se analizarían y discutirían los elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos.

A día de hoy, el GTI se ha reunido en tres períodos de sesiones en los que se han observado claramente las dificultades para encontrar un balance entre los intereses de los países del Norte Global, del Sur Global, de las empresas y de la sociedad civil, con el fin establecer un marco legal global básico sobre cómo se espera que las empresas respeten los derechos humanos. Para llenar los vacíos existentes en relación a la protección de los derechos humanos frente a las actividades empresariales, es necesario que los diversos grupos de interés lleguen a un acuerdo común que permita la adopción de un instrumento que mejore la protección y el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas. Por ende, es necesario llevar a cabo una evaluación detallada y constructiva

entre los Estados, las empresas y la sociedad civil de los diferentes problemas existentes en el ámbito de empresas y derechos humanos para plasmar soluciones concretas en el texto del futuro tratado internacional que generen cambios en el paradigma imperante actualmente.

En relación al tema principal del presente artículo, la *Resolución 26/9*, a través del mandato encomendando al GTI, pone a prueba los límites del *State-centered approach* del Derecho internacional, ya que una vez más abre el debate sobre la subjetividad internacional de las empresas, especialmente en relación a su capacidad de ser titulares directas de obligaciones y de responsabilidad en el ámbito internacional de los derechos humanos. Por tanto, una de las cuestiones más debatidas y controversiales en los períodos de sesiones del GTI , y en la que los Estados no se ponen de acuerdo, es el alcance de las obligaciones de las empresas.

Esta cuestión ha polarizado las opiniones de diversos actores que participan en la elaboración del instrumento vinculante en el seno de las Naciones Unidas, ya que algunos mantienen la premisa de que el Derecho internacional no debe regular a las empresas de manera vinculante como sujetos titulares de obligaciones directas. Mientras tanto, la contraparte a esta posición, con una visión más progresista, considera que esta postura es cada vez menos convincente e incongruente con la realidad actual. Esta división responde principalmente a las posiciones encontradas entre los que apoyan la implementación de los Principios Rectores, alineados al *statu quo* del Derecho internacional, y los que consideran importante la creación de normas vinculantes en el ámbito de empresas y derechos humanos.

Por tanto, aquellos Estados en contra de imponer obligaciones directas a las empresas son principalmente los que votaron en contra de la *Resolución 26/9*, como la mayoría de los Estados europeos, así como algunos que se abstuvieron de la votación, como es el caso México, uno de los Estados que ha manifestado que el futuro trata-

do vinculante debe mantener el *statu quo* del Derecho internacional y, por ende, debe imponer únicamente obligaciones a los Estados.

La Unión Europea, una de las organizaciones internacionales con una opinión reticente al tratado vinculante en materia de empresas y derechos humanos, hace hincapié, de conformidad con los Principios Rectores, que los Estados están obligados a proteger los derechos humanos frente abusos cometidos por parte de terceros dentro de su territorio y/o jurisdicción, incluidas las empresas comerciales (Delegación de la Unión Europea 2017). Sostiene, por tanto, que los agentes sujetos al futuro instrumento deben ser los Estados y, por ello, ha cuestionado al GTI sobre cuál es el fundamento jurídico para imponer obligaciones internacionales de derechos humanos a las empresas (A/HRC/37/67).

México es uno de los Estados en concreto que se oponen tajantemente al reconocimiento de las empresas, sean transnacionales o nacionales, como sujetos titulares de obligaciones de carácter internacional. Incluso va más allá y niega que las organizaciones internacionales y los individuos sean sujetos con obligaciones en virtud del Derecho internacional. Según la delegación de México, las empresas son únicamente sujetos pasivos del Derecho internacional y no existen normas de atribución de responsabilidad para las empresas como sí existen para los Estados o para los individuos. En este sentido, el Estado estima que el tratado debe ceñir su ámbito de aplicación al establecimiento de obligaciones estatales con el fin de adecuar los marcos jurídicos nacionales y de adoptar medidas legislativas pertinentes en el ámbito de empresas y derechos humanos a nivel nacional. Por ello, sugiere expresamente que "el instrumento se concentre en las obligaciones internacionales de los Estados, sin crear obligaciones para actores no estatales" (Delegación de México 2017).

En esta misma línea, las organizaciones internacionales del sector privado defienden esta postura: "*any new treaty should avoid imposing direct obligations on companies isolated from the responsi-*

bilities of states" (Ioe *et al*. 2017). Sin embargo, durante las sesiones del Gti la Organización Internacional de Empleadores junto con la Cámara de Comercio Internacional, el Comité Consultivo Empresario e Industrial de la ocde y el Consejo Empresarial Mundial para el Desarrollo Sostenible manifestaron que el tratado vinculante debe formularse de conformidad con los Principios Rectores que reafirman la obligación del Estado de proteger los derechos humanos. Según estas organizaciones,

> "[t]his means that a company's respect for human rights can never be a substitute for national governments' duty to protect, respect and fulfill the human rights of their citizens. There are strong democratic governance rationales for not privatizing core duties of the state to business, and because all human rights are "indivisible; interdependent and interrelated" and all potentially apply to business, there would be no clear line marking where government obligations end and business obligations begin, nor would there be appropriate administrative law and checks and balances (e.g., election of officials, etc.) to ensure that business decisions are coherent with citizens' preferences" (Ioe *et al.* 2017).

De manera general, los Estados y las organizaciones en contra de las obligaciones directas para las empresas consideran que estas deben operar dentro del marco de las obligaciones de los Estados, que son los únicos legitimados para cubrir los vacíos jurídicos y de gobernanza en relación a las actividades empresariales (Niebank y Schuller 2017). La imposición de obligaciones a los agentes no estatales en virtud del Derecho internacional es considerada como una reducción del poder de los Estados de exigir a sus funcionarios y nacionales que se comporten de conformidad a las normas legales internacionales. La facultad soberana de determinar si se cumplen o no, y cuando se cumplen las normas internacionales es una de las razones por la que los Estados no reconocen la subjetividad internacional de las empresas (Vázquez 2005: 951-953).

Asimismo, se argumenta que la creación de obligaciones internacionales de carácter vinculante para las empresas implica

disminuir las obligaciones de los Estados de respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos (Ruiz Galán 2017: 849-850). Otro argumento utilizado en la doctrina para respaldar esta postura es que las obligaciones vinculantes impondrían cargas excesivas a las empresas que disminuirían su productividad y el progreso económico del espacio en el que actúan (Sprinkle y Maines 2016). Finalmente, algunos Estados manifiestan el temor a una posible pérdida de inversión extranjera debido a la imposición de obligaciones directas (Ratner 2001: 462).

Con una visión diferente a la anterior, las organizaciones de la sociedad civil son quienes más defienden la postura de que el futuro instrumento internacional debe necesariamente imponer obligaciones directas a las empresas, haciendo hincapié en la necesidad de cubrir el vacío jurídico existente en relación a las operaciones de las mismas en el ámbito internacional. Las organizaciones que conforman la Campaña Mundial para Desmantelar el Poder Corporativo y Poner Fin a la Impunidad han propuesto a lo largo de las sesiones del GTI que el futuro instrumento internacional debe incluir la obligación de las empresas transnacionales de respetar el Derecho internacional de los derechos humanos, el Derecho internacional del trabajo y las normas internacionales en materia de medio ambiente.

Así, el tratado debe detallar obligaciones específicas para las empresas, en particular con respecto al derecho a la vida, el derecho a la libertad de asociación, el derecho a la libertad de opinión y expresión, el derecho a la no discriminación, el derecho al trabajo, el derecho a la alimentación, el derecho al agua, el derecho al alojamiento, el derecho a la salud, el derecho a la autodeterminación y el derecho a un medio ambiente sano. Asimismo, debe incluir disposiciones relativas a las obligaciones de las empresas respecto a ciertos grupos vulnerables y especialmente afectados, en particular los niños y las niñas, las mujeres, los migrantes, los pueblos indígenas y las personas defensoras de derechos humanos.

Esta postura se ve reforzada por un número considerable de Estados que se ven constantemente afectados por las operaciones de las grandes empresas en sus territorios. La República del Ecuador ha señalado que:

> "[…] la asignación de obligaciones directas a actores no estatales no es nueva en los instrumentos internacionales, pues varios antecedentes así lo confirman, […], tales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003; la Convención de las Naciones Unidas para la supresión del financiamiento del terrorismo, de 1999 o el Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, de 1992" (Delegación de Ecuador 2017).

Por ello, considera que el futuro instrumento vinculante debe asignar obligaciones a las empresas, tales como la debida diligencia hacia sus empleados y hacia las comunidades en las que operan, el debido cuidado, mediante evaluaciones de los impactos sobre los derechos humanos en caso de efectuar una inversión y la obligación de reparar a las víctimas por daños generados, así como la de respetar las decisiones judiciales de los Estados.

De manera similar, el Estado de Plurinacional de Bolivia considera que "[e]l nuevo instrumento deberá establecer obligaciones, claras y directas para las empresas transnacionales, para que puedan ser consideradas responsables en prevenir, mitigar y compensar por los efectos de sus acciones en los derechos humanos, a fin de evitar la impunidad por sus acciones" (Delegación de Bolivia 2017). Su razonamiento parte de que las empresas utilizan sus complejas estructuras, así como su gran poder económico para evadir las normas nacionales de respetar los derechos humanos.

Por tanto, propone que el tratado imponga a las empresas la obligación de respetar las leyes nacionales y contribuir a las estrategias nacionales de desarrollo de conformidad a la soberanía de los Estados y su capacidad normativa y regulativa, contribuyendo al desarrollo económico y social del país donde operan. Asimismo,

debe incluir la obligación de respetar tanto los derechos humanos individuales como colectivos incluyendo los derechos de los pueblos indígenas, y de los campesinos. Muy ligado a los derechos colectivos, Bolivia considera que las empresas deben respetar los derechos de la Madre Tierra que han sido reconocidos por varios Estados. Finalmente, propone la obligación de presentar información sobre sus actividades, sobre su estado de organización y su capacidad de prevenir y remediar violaciones de derechos humanos, incluyendo su capacidad de reparar violaciones a los derechos humanos.

La República de Cuba señala, por su parte, que el futuro instrumento internacional podría ir más allá e incluir obligaciones directas para las entidades con personalidad jurídica como estas empresas. Por ello, considera que:

> "[…] uno de los objetivos del instrumento debe ser delinear las principales obligaciones de las empresas transnacionales para prevenir, mitigar y compensar de forma efectiva las violaciones de derechos humanos que pudieran ser cometidas como parte de sus operaciones. Dicho instrumento debe reflejar los principios de la transparencia y el acceso del público a la hora de conocer los planes y medidas concretas que aprueben las corporaciones transnacionales para prevenir las violaciones de derechos humanos" (Delegación de Cuba 2015).

A la luz de lo anterior, no parece haber razones jurídicas suficientes para señalar la inviabilidad o ineficacia para que las empresas puedan ostentar un estatuto jurídico internacional distinto al de los Estado, en particular para ser consideradas titulares de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Es decir, el Derecho internacional no está limitado para establecer obligaciones jurídicas de carácter vinculante para las empresas cuyo cumplimiento podría hacerse efectivo a través de organismos internacionales competentes (Hernández Zubizarreta 2016; Ramasastry y Cassell 2015), sino más bien se trata de una falta de voluntad por parte de los Estados.

Durante las sesiones del GTI se ha llegado a concluir que no existen obstáculos jurídicos en el Derecho internacional para imponer obligaciones y responsabilidades a los agentes no estatales privado (A/HRC/37/67). Los Estados, si lo desean, pueden imponer obligaciones directas en materia de derechos humanos a los agentes no estatales en un tratado internacional, independientemente de sus obligaciones internacionales (Deva 2015). Se trata entonces de obligaciones complementarias, sin llegar a sustituir las de los Estados.

Lo anterior implica, por tanto, el reconocimiento de una personalidad jurídica internacional limitada, que en el ámbito de los derechos humanos tiene como propósito central mantener la vigencia de los derechos humanos ante la actuación empresarial y reducir la asimetría de derechos y obligaciones de las empresas en el Derecho internacional. Así, ninguna entidad de poder dentro de las sociedades contemporáneas está absuelta del cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos.

La posibilidad de que las empresas resulten responsables por el incumplimiento de obligaciones internacionales implica a su vez un efecto disuasorio de conductas potencialmente lesivas de derechos humanos, ya que la eficacia de este tipo de obligaciones depende de que el costo del incumplimiento de las mismas sea mucho mayor que los beneficios económicos que se podrían obtener de realizar las conductas sancionadas. Finalmente, la imposición de obligaciones directas para las empresas en materia de derechos humanos sería de gran apoyo para que las víctimas de abusos corporativos puedan superar algunos de los obstáculos en el acceso a la justicia. Por ejemplo, puede mejorar la influencia de las víctimas en la negociación de acuerdos extrajudiciales con empresas.

La polarización en el debate sobre si el futuro instrumento internacional debe imponer obligaciones directas a las empresas crea un enfrentamiento frontal entre aquellos que optan categóricamente por establecer obligaciones vinculantes y aquellos que no lo con-

sideran oportuno dada la falta de subjetividad internacional de estas entidades económicas. La falta de consenso en esta cuestión específica pone en riesgo los esfuerzos históricos destinados a la elaboración y adopción de un instrumento vanguardista que intenta ir más allá de las fronteras del Derecho internacional contemporáneo, de la misma manera que aconteció con las Normas (Ruiz Galán 2017: 831-832). En este sentido, cabe mencionar que la adopción del futuro instrumento internacional en materia de empresas y derechos humanos en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas debe hacerse por dos tercios de los Estados presentes y votantes, según el artículo 9 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969.

VII. Conclusiones

No cabe duda que en el contexto actual las empresas son agentes económicos no estatales que han marcado la estructura y el funcionamiento de la comunidad internacional, de tal manera que son entidades que se benefician directamente de las normas de carácter supranacional, son capaces de recurrir a los tribunales internacionales en defensa de sus derechos y participan de manera directa o indirecta en el proceso de elaboración de tratados y acuerdos válidos en el plano internacional. Por tanto, a pesar de que las empresas no son reconocidas como sujetos de Derecho internacional, en la realidad tienen una subjetividad internacional *de facto* con personalidad jurídica diferente a la de los Estados que no puede mantenerse en un estado de invisibilidad.

La dicotomía sujeto-objeto del Derecho internacional queda, por tanto, obsoleta a la luz de la participación e influencia *de facto* en las relaciones internacionales de ciertos agentes económicos como las empresas. En este sentido, es importante no solo determinar los derechos que estas ostentan en virtud del Derecho internacional, sino también esclarecer y establecer las obligaciones

y los mecanismos de atribución de responsabilidad en el caso de incumplimiento de normas supranacionales.

Lo anterior implica la reconceptualización de nociones básicas del orden legal internacional que permita ampliar el umbral de sujetos reconocidos en virtud del Derecho internacional, de conformidad a la realidad del contexto actual. Esto permite enfocarse en los derechos y obligaciones de agentes no estatales distintos a los Estados, pero de gran relevancia para la comunidad internacional contemporánea, sin perder de vista el papel y las obligaciones primarias de los Estados.

La necesidad de transformar el *statu quo* del Derecho internacional se hace más evidente en el debate sobre empresas y derechos humanos para cubrir los vacíos jurídicos existentes en el orden legal internacional. El reconocimiento de la subjetividad internacional de las empresas con personalidad jurídica internacional responde a la necesidad de dar visibilidad a las empresas, de romper la mencionada asimetría de derechos y obligaciones, y de hacer a las empresas destinatarias de obligaciones directas en materia de derechos humanos, estableciendo a su vez mecanismos de rendición de cuentas y de responsabilidad jurídica efectiva en caso de violaciones a las normas internacionales de derechos humanos cometidas en Estados incapaces o indispuestos a cumplir con sus obligaciones internacionales.

La adopción de un tratado sobre de empresas y derechos humanos que incluya obligaciones directas para las empresas no solo implicaría un contrapeso al poder corporativo, sino que afectaría al enfoque clásico de la subjetividad internacional en la medida que se reconocería a las empresas como titulares de derechos y obligaciones en virtud del Derecho internacional de los derechos humanos. Los debates que han tendido lugar en las Naciones Unidas durante las sesiones del GTI ponen en evidencia que en realidad no existen obstáculos legales que impidan que la comunidad internacional

confiera obligaciones a las empresas en virtud del Derecho internacional de los derechos humanos.

La subjetividad internacional es un estatus jurídico reconocido por la comunidad internacional, por tanto, los Estados carecen de voluntad política para ampliar el canon de sujetos de Derecho internacional a favor de las empresas por un posible debilitamiento del orden legal internacional basado en un *State-centered approach*. Esto ha sido manifestado por diversos Estados durante sus intervenciones en las sesiones del Gti . Aunado a esta falta de voluntad de los Estados, las empresas tampoco abogan por el reconocimiento de este estatus jurídico, ya que implicaría una reducción de los beneficios que obtienen de los vacíos jurídicos existentes en el orden legal internacional.

En suma, dado que los Estados no son los únicos sujetos que juegan un papel esencial en la comunidad internacional, ni tampoco son los únicos que afectan el disfrute de los derechos humanos, existe claramente la necesidad de trasformar el *statu quo* del Derecho internacional de los derechos humanos para hacer frente a la nueva realidad generada por el proceso de globalización económica. En este sentido, los Estados deben reconocer el poder y la influencia que las empresas tienen a nivel nacional e internacional y establecer un marco regulatorio que genere un contrapeso efectivo a la impunidad corporativa.

Bibliografía

Action Aid International *et al*. (2017): *Polluting Paris: How Big Polluters are undermining global climate policy*, ActionAid International-Ampdd-Ceo-Etc Group-Corporate Accountability, Bruselas-Ciudad de Davao-Boston-Johannesburgo.

Alvarez, Jose E. (2011): "Are Corporations "Subjects" of International Law?", en *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 9, núm. 1, 1-36.

Arato, Julian (2015): "Corporations as Lawmakers", en *Harvard International Law Journal*, vol. 56, núm. 2, 229-295.

Brownlie, Ian (2008): *Principles of Public International Law*, 7a. ed., Oxford University Press, Oxford-New York.

Byers, Michael (1999): *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, Cambridge University Press, Cambridge.

Cassese, Antonio (2005): *International Law*, 2a. ed., Oxford University Press, Oxford-New York.

Clapham, Andrew (2006): *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford.

Dal Ri Júnior, Arno y Bastos Calazans, Erika Louise (2018): "Transnational Corporations Subjectivity Based on the Criteria of the Bernadotte Case and the Traditional International Law Doctrine", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVIII, 155-189.

de Jonge, Alice (2001): *Transnational corporations and international law. Accountability in the global business environment*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton

Delegación de Bolivia (2017): *Estado Plurinacional de Bolivia, Panel VI – sobre las obligaciones de Empresas Transnacionales y otras empresas*. Disponible en: «www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session1/Panel6/States/Bolivia_Plurinational_State_of.pdf» [Consultado el 8 de mayo de 2018].

Delegación de Cuba (2017): *Intervención de la Consejera Claudia Pérez Álvarez en la Primera sesión del Grupo de Trabajo In-*

tergubernamental de composición abierta sobre un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. Ginebra, 8 de julio de 2015. Disponible en: «http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session1/Panel6/States/Cuba.pdf» [Consultado el 22 de mayo de 2018].

Delegación de Ecuador (2017): *Mejorando la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas de negocios con respecto a los derechos humanos, incluyendo prevención, mitigación y remediación*. Disponible en: «www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session1/Panel6/States/Ecuador.pdf» [Consultado el 22 de mayo de 2018].

Delegación de la Unión Europea (2017): *Opening remarks by the European Union, working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights 3rd session* (23-27 October 2017). Disponible en: «www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/OralInterventions/EUopening_remarks.pdf» [Consultado el 9 de mayo de 2018].

Delegación de México (2017): *Intervención Delegación de México en la Sesión 2. Ámbito de aplicación, Tercera sesión del Grupo de Trabajo Intergubernamental sobre Empresas y Derechos Humanos*. Disponible en: «www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/OralInterventions/MexicoSubject2.pdf» [Consultado el 22 de mayo de 2018].

Deva, Surya (2003): "Human Rights Violations by Multinational Corporations and International Law: Where from Here?" en *Connecticut Journal of International Law,* vol. 19, 1-57.

Deva, Surya (2015): *Examples of International Instruments Addressing Obligations and Responsibilities of Private Actors, 2nd session*

of OEIWG on TNCs and other business enterprises with respect to human rights. Disponible en: «http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session2/PanelIIISubtheme1/SuryaDeva.pdf» [Consultado el 8 de mayo de 2018].

Domingo, Rafael (2009): "The crisis of International Law", en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42, núm. 5, 1543-1594.

Duruigbo, Emeka (2008): *Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses: Recent Changes and Recurring Challenges*, en *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 6, núm. 2, 222-261.

Fasciglione, Marco (2016): "The Enforcement of Corporate Human Rights Due Diligence: From the UN Guiding Principles on Business and Human Rights to the Legal Systems of EU Countries", en *Human Rights and International Legal Discourse,* núm. 1, 94-117.

Hellman, Jacqueline (2018): "La superación de la doctrina clásica en torno a la subjetividad internacional en detrimento de las multinacionales", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVIII, 409-450.

Hernández Zubizarreta, Juan (2009): *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales,* Hegoa, Bilbao,

Hernández Zubizarreta, Juan (2012): *Lex Mercatoria*, en *Diccionario crítico de empresas transnacionales. Claves para enfrentar el poder de las grandes corporaciones,* Hernández Zubizarreta, Juan *et al.* (eds.), Icaria, Barcelona, 2012, pp. 135-138.

Hernández Zubizarreta, Juan (2016): "El Tribunal Internacional para las empresas transnacionales y los derechos humanos", en *América Latina en movimiento*, 14-15.

Higgins, Rosalyn (1994): *Problems and Processes. International Law and How We use it*, Clarendon Press, Oxford.

Ijalaye, David Adedayo (1978): *The Extension of Corporate Personality in International Law*, Oceana, Nueva York.

IOE et al. (2017): *UN Treaty Process on Business and Human Rights. Further considerations by the international business community on a way forward Second Submission*. Disponible en: «http://biac.org/wp-content/uploads/2016/09/2016-09-29-IOE-ICC-BIAC-WBCSD-Paper-on-further-considerations-re-the-UN-TREATY-PROCESS-ON-BUSINESS-AND-HUMAN-RIGHTS_final1.pdf» [Consultado el día 20 de mayo de 2018].

Klabbers, Jan (2009): *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge.

Martín-Ortega, Olga (2008): *Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en el Derecho Internacional*, Bosch, Barcelona.

McCorquodale, Robert (2006): *Human rights and business: is international law relevant*?, Oxford University Press, Reino Unido. Disponible en: «http://blog.oup.com/2016/12/human-rights-business-law/#sthash.Jl7bxBos.dpuf» [Consultado el día de 20 de mayo de 2018].

Niebank, Jan-Christian y Schuller, Christopher (2017): *Position Paper Building on the UN Guiding Principles towards a Binding Instrument on Business and Human Rights. Comments on the 'Elements for the Draft Legally Binding Instrument' of the Open-Ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, German Institute for Human Rights, Berlin.

Nwapi, Chilenye (2014): "Jurisdiction by Necessity and the Regulation of the Transnational Corporate Actor", en *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 30, núm. 78, 24-43.

Omoteso, Kamil y Yusuf, Hakeem (2017): "Accountability of transnational corporations in the developing world: The case for an enforceable international mechanism", en *Critical perspectives on international business*, vol. 13, núm. 1, 54-71.

Orts, Eric W. (1995): "The Legitimacy of Multinational Corporations", en *Progressive corporate law*, Mitchell, Lawrence E (ed.) Westview Press, Boulder, 247-266.

Pentikäinen, Merja (2012): "Changing International 'Subjectivity' and Rights and Obligations under International Law – Status of Corporations", en *Utrecht Law Review*, vol. 8, núm. 1, 141-154.

Ramasastry, Anita y Cassell, Douglass (2015): "White Paper: Options for a Treaty on Business and Human Rights", en *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, vol. 6, núm. 1, 1-50.

Ratner, Steven R. (2007): "Bussines", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Hey, Ellen *et al.* (eds.), OUP, Oxford, 807-828.

Ratner, Steven, R. (2001): "Corporation and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility", en *Yale Law Journal*, vol. 3, 452-545.

Rodríguez Carrión, Alejandro J. (2002): *Lecciones de derecho internacional público,* 5ª ed., Tecnos, Madrid.

Ruiz Galán, Juan (2017): "Búsqueda de Consensos Sobre Empresas y Derechos Humanos: Hacia un Instrumento Internacional Vinculante", en *American University International Law Review*, vol. 32, núm. 4, 819-857.

Sauvant, Karl (2015): "The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations. Experience and Lessons Learned", en *Journal of World Investment & Trade*, vol. 16, núm. 1, 11-87.

Shelton Dinah (2013): "Normative Evolution in Corporate Liability for Violations of Human Rights and Humanitarian Law", en *Austrian Review of International and European Law*, vol. 15, núm. 1, 45-88.

Sprinkle, Geoffrey B. y Maines, Laureen A. (2010): "The Benefits and Costs of Corporate Social Responsibility, Business Horizons", vol. 53, núm. 5, 445-453.

Stephens, Beth (2002): "The amorality of Profit: Transnational Corporations and Human Rights", en *Berkeley Journal of International Law*, vol. 20, núm. 1, 45-90.

Unctad (2018): *International Investment Agreements Navigator*. Disponible en: «http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA» [Consultado el día 20 de mayo de 2018].

Van den Muijsenbergh, Winfried H.A.M. y Rezai, Sam (2012): "Corporations and the European Convention on Human Rights", en *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal*, vol. 25, núm. 1, 45-68.

Vázquez, Carlos M. (2005): "Direct vs. Indirect Obligations of Corporations under International Law", en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43, núm. 3, 927-955.

Wouters, Jan y Chané, Anna-Luise (2013): "Multinational Corporations in International Law", en *Working Paper No. 129*, 1-20.

Zambrana Tévar, Nicolás (2015): "Can Arbitration Become the Preferred Grievance Mechanism in Conflicts Related To Business and Human Rights?", en *HURI-AGE Working Papers "El Tiempo de los Derechos"*, núm. 3, 2-34.

Zerk, Jennifer A. (2006): *Multinationals and Corporate Social Responsibility. Limitations and Opportunities in International Law*, Cup, Cambridge.

Las condiciones de una ciudadanía basada en derechos*

The conditions of rights-based citizenship

Francisco Javier Ansuátegui Roig**
Universidad Carlos III de Madrid

Resumen: La ciudadanía, entendida como esquema de definición de la posición del individuo en el grupo, puede ser analizada en relación con el discurso de los derechos. Ello exige contrastar las exigencias de la ciudadanía con las de la universalidad de los derechos, a partir de la satisfacción de condiciones sustantivas e institucionales.

Abstract: Citizenship, understood as a schema defining the position of the individual in the group, can be analyzed in relation to the discourse of rights. This demands contrasting the exigencies of citizenship with those of the universality of rights, based on the satisfaction of substantive and institutional conditions.

Palabras clave: *ciudadanía, derechos, universalidad, Estado.*

Keywords: *citizenship, rights, universality, State.*

I.

El discurso en torno a la ciudadanía es ciertamente amplio, pudiendo ser analizado desde diversas perspectivas. Al igual de lo que ocurre en el caso de los derechos, las perspectivas históricas, sociales, económicas, jurídicas –entre otras– confluyen y generan

* Una versión anterior de este artículo ha sido publicada en *Tigor: rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica* A. IX (2017) n. 1, Trieste, Eut Edizioni Università di Trieste 2017: 3-12.

** Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid/Departamento de Derecho Internacional Público, Derecho Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho. Correo electrónico: javofil@der-pu.uc3m.es

relatos no siempre coincidentes. En todo caso, la cuestión de la ciudadanía constituye un aspecto nuclear en el discurso jurídico y político; y también en el discurso moral.

En esta ocasión asumiré una perspectiva que ciertamente no es novedosa pero que es esencial a la hora de valorar las afirmaciones en torno a la ciudadanía: la perspectiva de los derechos.

Pero antes de continuar, me parece importante una reflexión sobre aquello que podríamos considerar el trasfondo conceptual en el interior del cual se desarrolla (o debe desarrollarse, en mi opinión) el discurso de los derechos; discurso que no es sólo jurídico, sino también político y moral. Me refiero a la relación conceptual y pragmática entre tres elementos: los derechos, el Estado de Derecho y la democracia. Estamos frente a tres conceptos entre los cuales se establece una recíproca implicación. Con ello se quiere decir que el significado de cada uno de los tres depende del de los otros dos restantes, de manera que, si uno de los tres conceptos varía en el significado que se le atribuye, de ello se derivan relevantes consecuencias respecto al significado de los otros dos. La reflexión sobre las exigencias del concepto de ciudadanía, al igual que el análisis de sus consecuencias prácticas, deben ser llevados a cabo en el referido marco conceptual.

Pues bien, vayamos por partes.

II

Hay que hacer referencia, en primer lugar, a la relación entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales. Cuando hacemos referencia al concepto de Estado de Derecho estamos en realidad frente a un concepto complejo[1]. La complejidad en este caso no sólo deriva de la indeterminación del concepto y de su carácter emotivo, sino también de otros factores. A la hora de abordarlo, no sólo nos encontramos con la presencia de diferentes tradicio-

[1] Me he detenido en la cuestión en Ansuátegui 2013.

nes tras el mismo; también están presentes comprensiones más o menos densas, en función de los elementos que se prediquen del mismo. Es posible aludir a dos formas de entender el Estado de Derecho. En una de ellas, los contenidos de las normas tienen una mayor relevancia. Así, es posible defender un concepto formal de Estado de Derecho, o un concepto material o sustancial del mismo. En el primer caso, el Estado de Derecho se identifica exclusivamente con el imperio de la ley, con la presencia teórica de determinados elementos –que en ocasiones se han relacionado con una cierta comprensión del *rule of law*- y con la plasmación práctica de esas exigencias en la actividad de los poderes públicos y también en la de los ciudadanos. El Estado de Derecho implica actuación de acuerdo con el Derecho y bajo el Derecho (*per lege* y *sub leges*)[2]. Se identifica principalmente con el imperio de la ley, pero no sólo. Es posible pensar en una alternativa, de forma que se defienda una comprensión material o sustancial del mismo, en donde el imperio de la ley no sea el único componente –y, en este sentido, podemos considerarlo un elemento necesario, aunque no suficiente-. De acuerdo con este punto de vista, la existencia de un Estado de Derecho vendrá determinada, en última instancia por el respeto de determinados contenidos normativos, los derechos fundamentales. El Estado de Derecho es imperio de la ley, imperio del Derecho, pero no de cualquier Derecho, sino del Derecho de los derechos fundamentales. Así las cosas, el Estado de Derecho se asocia a un ordenamiento jurídico caracterizado por el reconocimiento y protección de los derechos. Y, en función de los tipos de derechos y de las estrategias que se empleen en su reconocimiento y protección podremos hablar de diferentes modelos de Estado de Derecho, dotados de una mayor o menor densidad[3].

La opción por esta forma de entender el Estado de Derecho tiene dos ventajas. Por una parte, permite una correcta identificación del Estado de Derecho, respecto a otros tipos de Estado. Como en su momento se encargó de recordarnos Elías Díaz, no todo Estado es

[2] *Vid.* Bobbio 1991: 169
[3] En España, tiene valor histórico la aportación de Díaz 1973.

Estado de Derecho.[4] Afirmar que un Estado con Derecho es un Estado de Derecho niega sustantividad al auténtico Estado de Derecho, desde el momento en que todo Estado tiene Derecho. En segundo lugar, la presencia de contenidos materiales –los derechos (y todo el arsenal axiológico que los acompaña)- en el Ordenamiento jurídico del Estado de Derecho y el reconocimiento de su relevancia permite, entre otras cosas, enfocar de una determinada manera –que en mi opinión es la más adecuada- la cuestión de las relaciones/diferencias entre el Estado de Derecho y el Estado constitucional. Así, no estaríamos hablando de modelos radicalmente diferentes[5], ya que el proceso de materialización del Derecho ya se ha producido en el Estado de Derecho (entendido en sentido material o sustancial). Lo que añade el Estado constitucional en su caso –lo que, por cierto, no es poca cosa-, es la localización de esos contenidos en sede constitucional, lo cual implica la puesta en marcha de estrategias de protección e incluso, en ocasiones, de blindaje constitucional. Pero en todo caso, lo que vincula al Estado de Derecho y al Estado constitucional es la reivindicación del imperio del Derecho, que en un caso se presenta como imperio de la ley –si es que queremos hablar de la manifestación normativa específica del legislador- y en otro caso en forma de imperio de la Constitución, con las consecuencias normativas que de ello se derivan y que provocan un aumento en la complejidad del sistema jurídico y político.

Respecto a la relación conceptual entre los derechos fundamentales y la democracia, es posible –aquí también- manejar un concepto sustantivo de democracia. De nuevo aquí nos encontramos con la cuestión de la emotividad de los términos, circunstancia que condiciona, sin duda, el discurso. El concepto sustantivo propone una comprensión de la democracia que incluye la presencia de derechos fundamentales como elementos del concepto[6]. De manera que la democracia no implica sólo un mecanismo de adopción de decisiones colectivas de acuerdo con una regla básica, la de las mayorías. Esta

[4] *Vid.* Díaz 1973: 13.
[5] Recordemos que Zagrebelsky 1992: 39 habla del "cambio genético" que el Estado de Derecho supone frente al Estado de Derecho.
[6] En sentido contrario Pintore 2003 defiende un concepto procedimental de democracia.

sería una definición mínima de democracia, pero insuficiente, ya que la operatividad de la regla de las mayorías debe venir acompañada por una determinada teoría en relación con la mayor o menor extensión del universo de participantes en la decisión. Es decir, se necesita establecer quién debe concurrir en el proceso de toma de decisiones en el marco del cual se constituye la mayoría. No es complicado recordar situaciones en las que se han tomado decisiones a través de un escrupuloso respeto a la regla de las mayorías pero que difícilmente pueden ser consideradas democráticas desde el momento en que el ámbito personal de aquellos que han participado en la adopción de la decisión ha implicado la exclusión de ciertos grupos o colectivos (mujeres, inmigrantes, minorías étnicas…). Por eso, la democracia implica la adopción de decisiones en contextos lo más participativos posibles. La democracia implica respeto a la regla de las mayorías y la puesta en marcha de mecanismos participativos guiados por el ideal del sufragio universal. Pero, obsérvese, aún no hemos tenido en cuenta la relevancia del contenido de las decisiones adoptadas respetando los dos elementos que acabamos de señalar. Y es que, en última instancia, el carácter democrático de una decisión colectiva viene determinado por el contenido de la misma, y por su capacidad de respeto y promoción de los derechos. Decisiones democráticas son aquellas respetuosas con los derechos. En este sentido, el respeto puede vincularse al reconocimiento y también a la puesta en marcha de políticas activas de promoción o impulso, dependiendo de las exigencias de los derechos que tengamos enfrente.

Para que en un Ordenamiento jurídico se encuentren protegidos de manera consistente y eficaz los derechos, es necesario un determinado compromiso, sincero, por parte del Poder político, cuya expresión normativa es el propio Ordenamiento. Ese compromiso se materializa en la positivación, en forma de normas jurídicas de derechos, de las exigencias morales que existen tras los mismos; al mismo tiempo, esa positivación es el resultado de la identificación que se produce entre el Poder político y la moralidad de los derechos. icho compromiso sólo se produce allí donde existe un Poder político democrático, entre otras cosas porque la juridificación de

esas pretensiones morales supone una limitación hacia el Poder político: desde el momento en que existen normas de derechos fundamentales, el poder político sabe que hay cosas que no va a poder hacer, y al mismo tiempo sabe también que hay cosas que va a estar obligado a hacer, o que por lo menos se le puede exigir, aunque sólo sea en sentido político, que haga. Así, el Poder político democrático, que es por definición participado, es el único capaz de limitarse a través del reconocimiento de derechos fundamentales a los individuos[7]. Es evidente, en este sentido, que la relación entre derechos fundamentales y poder político no se articula de la misma manera si estamos pensando en un Poder político democrático o en un Poder de otro tipo.

En tercer lugar, nos encontramos con la relación entre el Estado de Derecho y la democracia. Aquel, es un específico modelo de articulación de las relaciones entre el Derecho y el Poder, que se caracteriza por un esfuerzo de juridificación de las dimensiones del Poder. De manera que éstas se someten a límites. Pero no a cualquier tipo de límites, sino a límites jurídicos que se manifiestan de modo privilegiado en las normas de derechos fundamentales. Vemos, así, que tanto el Estado de Derecho como la democracia incluyen como elemento conceptual la presencia de normas de derechos fundamentales. Pero, en todo caso, cuando hablamos de democracia estamos haciendo referencia a un modelo en relación con el ejercicio del poder político. De manera en este momento esquemática, -evidentemente necesitada de matices- podemos decir que cuando hablamos de Estado de Derecho nos desenvolvemos en el marco del Derecho mientras que cuando hablamos de democracia lo hacemos en el de la política. Pues bien, ¿a través de qué modelo se juridifica la democracia? ¿Cuál es la forma de la traducción jurídica de la democracia? Elías Díaz tiene razón cuando señala que el Estado de Derecho es la institucionalización jurídica de la democracia[8].

En fin, las relaciones que se establecen entre Estado de Derecho, derechos fundamentales y democracia, de acuerdo con la estipulación aquí propuesta, constituyen el ámbito en el que se desarrolla la

[7] *Vid.* Asís 2000.
[8] *Vid.* Díaz 2002: 75.

presente investigación y en el que las reflexiones que se desarrollan en lo sucesivo pretenden adquirir sentido.

III

Una vez que hemos determinado el escenario conceptual en el que desarrollamos nuestra reflexión, estamos en condiciones de regresar a la cuestión de la ciudadanía. La noción de ciudadanía ocupa una posición básica en el discurso jurídico y político[9]. Pero no nos referimos sólo al discurso de la modernidad. Por el contrario, extiende su ámbito más allá. Y eso es debido al hecho de que, en realidad, se refiere a la relación que se establece entre el individuo y el grupo. En efecto, la ciudadanía es una categoría que define la posición del individuo respecto al grupo, de un lado; y que define además la posición del individuo en el interior del grupo, por otro lado[10]. Y esta no es una cuestión propia de la modernidad, si bien es cierto que presenta perfiles específicos en la misma. En realidad, la cuestión de la ciudadanía es más bien un problema derivado de la naturaleza política del individuo, de manera que existe más allá del específico uso que se haga del vocablo *ciudadanía* o de sus específicas declinaciones. En definitiva, la cuestión de la ciudadanía se refiere al problema de la pertenencia, al problema de la inclusión/exclusión en el grupo. Y desde este punto de vista, la ciudadanía siempre va a implicar una posición al respecto, la adopción de un determinado punto de vista, lo cual supone asumir una teoría normativa. La ciudadanía implica, por tanto, una determinada idea del sujeto y de la comunidad. Ambas son las variables a partir de las cuales se genera una específica teoría de la ciudadanía.

En este sentido, parece evidente que no todas las teorías de la ciudadanía son similares. Por el contrario, su sustantividad va a depender del elemento que sea asumido como elemento de referencia y de definición del status de ciudadano. Nuestra experiencia histórica permite constatar que, en realidad, se han manejado –y

[9] *Vid.* Veca 2008: 19.
[10] *Vid.* Costa 2006: 36.

se manejan- distintos criterios como la etnia, la religión, el lugar de nacimiento… De ello se deriva como consecuencia la imposible neutralidad de las teorías de la ciudadanía. Y es que la necesidad de identificar un elemento de referencia implica asumir una determinada posición respecto, por lo menos, a dos cuestiones básicas. En primer lugar, respecto a la identificación o definición del grupo o la comunidad de referencia. En efecto, el grupo no es una realidad natural, sino que más bien es algo construido, artificial, precisamente a través de la elección del elemento de referencia. Dicha elección -como por otra parte ocurre con todas las elecciones- no es neutral, aunque posiblemente en muchas ocasiones tampoco sea perfectamente consciente de ello, presentándose como el resultado de un proceso de decantación histórica. En segundo lugar, tampoco es neutral la caracterización del sujeto, que implica una elección respecto a aquello que se considera importante, esencial definitorio, para llegar a ser ciudadano.

Pues bien, la cuestión que procede plantear a continuación es la siguiente: en términos modernos y democráticos, ¿cuáles son los elementos básicos de referencia de la teoría de la ciudadanía? En relación con el grupo, el elemento básico de referencia sigue siendo el Estado. Y en relación con el sujeto, nos encontramos con la noción de individuo. Es necesario señalar que en los dos casos no nos encontramos en el mismo nivel discursivo. En efecto, la mientras que la afirmación de que el Estado es el elemento de referencia implica una descripción de una realidad que aún no ha conseguido ser superada, por el contrario, la identificación entre sujeto de la ciudadanía e individuo supone una prescripción o, si se prefiere, un ideal regulativo. Y es que identificar ciudadano e individuo es en realidad un deber ser que ha sido negado a lo largo de la historia. El ciudadano no siempre se ha identificado con el individuo. Basta con un ejemplo para demostrarlo: pensemos en el modelo de participación política y de ciudadanía basado en el sufragio censitario, en el que el ciudadano no es el individuo sino más bien el sujeto que reúne determinadas características vinculadas al género (varón), a la riqueza o situación social (propietario) o incluso a la raza (blanco). Pero no hace falta recurrir a la histo-

ria para constatar la negación de la asimilación entre individuo y ciudadano. Hoy podemos constatar que no todo individuo es necesariamente considerado un ciudadano.

Cabe añadir que cuando hablamos de Estado y de individuo estamos frente a dos conceptos históricos. Quiere decirse con ello que son conceptos fraguados en determinadas circunstancias históricas, en el marco de las cuales se generan y adquieren un primer sentido, que va a ir evolucionando de acuerdo con la transformación de las circunstancias y de los contextos. La afirmación weberiana según la cual el Estado es la forma moderna de organización del poder político resume bien la historicidad del concepto. Y, de la misma manera, la articulación moderna del individualismo, vinculado a procesos como los que tienen que ver con la secularización, el racionalismo, el surgimiento de la burguesía como grupo social preponderante…, también es expresión de la dimensión histórica del concepto[11].

IV

En el espacio democrático la condición de ciudadanía viene determinada por la titularidad de derechos por parte del individuo. El discurso de los derechos debería ocupar un lugar central en una teoría de la ciudadanía. Pero lo cierto es que la centralidad de los derechos en este ámbito es la razón de la existencia de tensiones. En realidad, y más allá del específico tema de la ciudadanía, el discurso de los derechos incluye tensiones desde el momento en que, por una parte, tiene una naturaleza normat5iiva; por otra parte, es ciertamente un discurso exigente desde el punto de vista moral, político y jurídico; además, tiene vocación de universalidad.

Así, podemos pensar en tres tensiones específicas. En primer lugar, la tensión derivada de la conexión entre ciudadanía y nacionalidad. Dicha conexión constituye uno de los elementos básicos del argumentario moderno respecto a la ciudadanía. Así, la nacionali-

[11] *Vid.* Peces-Barba 1998:15 y ss.

dad constituye la base de la ciudadanía. Dicha conexión, al mismo tiempo, está relacionada con la función que sigue desempeñando el Estado como marco de referencia básico a la hora de desarrollar algunos discursos jurídico-políticos en nuestros días. No parece demasiado discutible la necesidad de superar la estricta conexión entre nacionalidad y ciudadanía como consecuencia de las exigencias de la idea de universalidad de los derechos.

Pero también podemos pensar en otras tensiones, como son aquellas que tienen que ver con la existencia de una ciudadanía "parcelada". Dicha parcelación es el resultado de la mayor o menor amplitud en los espacios de titularidad de los derechos y de la diferente intensidad en el goce y disfrute de los derechos y garantías. Pensemos, por ejemplo, en las consecuencias prácticas que derivan de determinados postulados teóricos, como los referidos a las categorías, clasificaciones y tipos de derechos. Por ejemplo, de la teoría generacional de los derechos[12] –más allá de su valor pedagógico- se han extraído afirmaciones referidas a la prioridad, no sólo cronológica, de unos derechos respecto a otros[13]. La parcelación de la ciudadanía, vinculada también a una restricción en las condiciones de reconocimiento, titularidad, y disfrute de los derechos, provoca vulnerabilidad e incertidumbre. Vulnerabilidad e incertidumbre son los rasgos que caracterizan la posición el sujeto sin derechos o con menos derechos: un "ciudadano" sin derechos (lo cual no deja de constituir una *contradictio in terminis*) o con menos derechos, es un ciudadano *débil*, en cuanto no integrado socialmente. La titularidad y disfrute de los derechos puede ser considerado como un criterio que determina la integración social, de manera que la falta de derechos determina la falta de integración. Los recientes contextos de crisis económica son un buen escenario a la hora de contrastar la anterior afirmación.

La tercera tensión a la que se hará referencia está relacionada con la idea de universalidad de los derechos. Si los derechos son universales (o deben serlo), el ámbito de la ciudadanía debe

[12] *Vid.* Pérez Luño 2006: 25 y ss.
[13] *Vid.* Rabossi 1997: 41 y ss.

trascender el ámbito del Estado. La superación del marco estatal parece una exigencia necesaria de la lógica del discurso de la universalidad de los derechos. No obstante, esta superación se torna problemática desde el momento es que no es fácil encontrar una estructura alternativa a aquella del Estado, con capacidad efectiva de asegurar los derechos. Aunque esto pueda parecer especialmente problemático en el caso de los derechos sociales, no es un problema exclusivo de los mismos. En efecto, en aquellos derechos sociales caracterizados por presentar una dimensión prestacional, es necesario identificar una autoridad política de referencia que asuma la responsabilidad política y jurídica de satisfacer la prestación. Pero no sólo. Es también necesario disponer de un sistema normativo estable e identificable que constituya el ámbito en el que se atribuirán y se garantizarán los derechos.

V

Pues bien, estas tensiones, todas ellas, afectan a los derechos y a su efectividad. En democracia las tensiones deben ser resueltas a favor de los derechos. Esto implica exigencias sustantivas e institucionales. Como vamos a ver a continuación, estos dos tipos de exigencias están relacionadas entre sí.

Posiblemente, la exigencia sustantiva más importante es la vinculada a la universalidad de los derechos. El tema de la universalidad de los derechos, que ha de analizarse en términos problemáticos, constituye uno de los principales desafíos contemporáneos, teóricos y prácticos, del discurso de los derechos. Junto a la cuestión de los derechos sociales, es una de las cuestiones de cuya gestión va a depender que podamos continuar hablando de derechos (con las exigencias de igualdad que ello implica) cuando hacemos referencia a los derechos fundamentales o si debemos comenzar a hablar de privilegios (con los problemas que de ello se derivan para la igualdad formal y material). En definitiva, la relevancia moral, político y jurídica de las exigencias de la idea de universalidad de

los derechos justifica que estemos frente a un verdadero desafío teórico y práctico para los derechos.

Cuando hablamos de universalidad de los derechos no debemos incurrir en el error de situarnos exclusivamente en el marco de un escenario supraestatal regido por el del Derecho internacional. En realidad, la universalidad de los derechos es también una exigencia del discurso de los derechos cuando éste toma como referencia el ámbito estatal. En este contexto, implica evitar *ghettos*, zonas de exclusión, que se producen como consecuencia de la diferenciación y discriminación entre tipos de derechos. No se quiere decir con ello que todos los derechos han de ser protegidos y garantizados de la misma manera, ya que en función de los diferentes derechos se ha de recurrir a diferentes estrategias de reconocimiento y protección. Implica, por el contrario, reconocer que todos los derechos han de ser protegidos con la misma dosis de intensidad y compromiso. La existencia de un mismo nivel de protección es un requisito de la ciudadanía en términos de igualdad. De no ser así, la consecuencia es que aquellos sectores sociales que disfrutan de más derechos (y de derechos más protegidos y garantizados), acaban estando conformados por sujetos más plenamente ciudadanos que aquellos que pertenecen a sectores más desfavorecidos en lo que a titularidad y garantía de los derechos se refiere. En este sentido, la igualdad en el ámbito de los derechos exige, de un lado, igualdad en la titularidad (entre los individuos); de otro, igualdad en los niveles de protección (entre los derechos).

Parece evidente que lo anterior implica una posición crítica en relación con una comprensión de las clasificaciones y categorías de los derechos entendidas como compartimentaciones críticas. Además, exige una reflexión sobre la idoneidad de los diferentes mecanismos de garantía en su aplicación a los diferentes derechos.

En relación con las exigencias institucionales, parece urgente una reformulación del ámbito político de referencia. Si la *lógica* del discurso de los derechos supera al Estado, hay que pensar en una alternativa, de modo que se pueda hablar de una ciudadanía *más*

allá del Estado. De lo contrario, aquí también nos encontraremos con una ciudadanía parcelada. Pues bien, ¿qué exigencias habrían de satisfacerse por esta estructura alternativa?

Como se ha señalado anteriormente, hablar de un sistema de derechos implica la existencia de una determinada propuesta en relación con la autoridad. El discurso cosmopolita provoca la discusión en torno al futuro del Estado. Posiblemente, la cuestión de puede plantear a partir de una distinción entre, de una parte, la relación entre los derechos y el Poder (o si se prefiere a la autoridad política) y, de otra, la relación entre los derechos y el Estado como modelo concreto respecto al origen y al ejercicio de la autoridad política. Al principio de este trabajo se ha hecho referencia a la relación entre los derechos y el Poder. Si bien el discurso de los derechos plantea de manera evidente la justificación de la limitación del Poder, al mismo tiempo la juridificación de los derechos y su efectividad exige un ejercicio de voluntad por parte del Poder político. De manera que la satisfacción de los derechos exige ejercicio de la autoridad política, que en su forma moderna se presenta en términos de Estado. El discurso cosmopolita provoca una reformulación de la relación entre los derechos y el Estado. Sin embargo, no parece muy justificada, y tampoco realista, la reivindicación de la desaparición del Estado. No serían fácilmente admisibles las razones a favor de la bondad de una situación en donde la institucionalización del Poder político, en cualquiera de sus formas, se excluyera del ámbito supranacional. Por ejemplo, Habermas ha prevenido frente a la traslación sin más de los esquemas estatales al ámbito internacional, pero al mismo tiempo ha reivindicado la necesidad de un Poder supranacional. Así, ha señalado que:

> "El Estado federal democrático de gran formato (la república mundial) es un modelo equivocado. Pues no existe ninguna analogía estructural entre, por un lado, la Constitución de un Estado soberano que puede determinar por sí mismo qué áreas políticas hace suyas (es decir, que dispone de competencia sobre sus competencias) y, por otro lado, la Constitución de una organización mundial inclusiva, pero ceñida a una pocas funciones acotadas con mucha precisión" (Habermas 2006: 131).

Pero también ha reconocido que el Estado sigue siendo la institución operativa en lo que a la imposición del Derecho se refiere:

> "La constitucionalización del derecho internacional no puede concebirse como la prosecución lógica de la domesticación constitucional de un poder estatal que opera sin sujeción alguna. (…) Lo que falta es un poder supranacional más allá de los estados rivales que aporte las posibilidades de sanción y las capacidades de acción que, para imponer sus reglas, requiere la comunidad de Estados constitucionales en la forma del Derecho internacional" (Habermas 2006: 130).

No parecería viable el éxito de los derechos humanos en el ámbito internacional sin el respaldo de un determinado esquema de ejercicio del Poder, piénsese o no en términos de Estado. Y además, ese esquema debería estar dotado de la suficiente capacidad como para imponer el Derecho y las sanciones derivadas de su incumplimiento, incluso por la fuerza en última instancia.

Este esquema de ejercicio del Poder constituiría el contexto de la ciudadanía. Sólo sería posible pensar en una ciudadanía basada en derechos en el marco de una estructura institucional capaz de satisfacer determinadas exigencias. Estas exigencias serían, en primer lugar, las del principio de legalidad y del imperio de la ley en el marco del Derecho internacional. Ello implica que, de la misma manera que en el interior de un Estado de Derecho los sujetos –públicos y privados, singulares o colectivos- están sometidos a las normas jurídicas, también en el ámbito internacional se debe producir tal sometimiento, en este caso básicamente a las normas del Derecho internacional. En segundo lugar, habría que pensar en la efectividad del principio de igualdad ante el Derecho en el ámbito de la sociedad internacional. De la misma manera que así se propugna en el marco del Estado de Derecho, también en el ámbito internacional todos los sujetos deben ser iguales ante el Derecho y el Derecho debe ser el mismo para todos. Estamos aludiendo por tanto a la igualdad formal. Pero, también en paralelismo con lo que ocurre en los Estados, las exigencias exclusivas de la igualdad formal son *per se* insuficientes: deben ir acompañadas y completadas por la satisfacción de las exigencias de la igualdad sustancial que, en este contexto, están estrechamente vin-

culadas a la realización de políticas de cooperación para el desarrollo. En tercer lugar, parece imprescindible, para satisfacer las anteriores exigencias, la existencia de una autoridad, con el suficiente grado de localización y fortaleza, capaz de imponer, en última instancia a través de la fuerza, las normas del Derecho internacional. Eso es lo que ocurre, también, en el interior de los Estados de Derecho respecto a las normas jurídicas nacionales. En fin, las anteriores condiciones necesitan desarrollarse en un marco de legitimidad derivado, básicamente, del origen y ejercicio de la autoridad encargada de producir y hacer cumplir las normas.

VI

Si tomamos en serio estas condiciones, sustantivas e institucionales, constatamos que las exigencias de una ciudadanía basada en derechos tienen un peso y una relevancia que van mucho más allá del discurso conceptual. Por el contrario, implican una posición "política" y también una reformulación de una cierta forma de entender el Derecho en su relación con los ámbitos y espacios de competencia en los que se desarrolla el ejercicio de la autoridad. Y también una reformulación de la relación entre el Derecho y el ejercicio mismo de la autoridad.

Esta posición política sólo es posible a través de un compromiso moral y una educación de la ciudadanía. Hablar de un compromiso moral nos recuerda la imposible neutralidad en relación con los derechos, respecto a los cuales no es posible una teoría aséptica. No obstante, profundizar en esta cuestión implicaría una reflexión en torno a la función y responsabilidad de la ciencia jurídica en general, y en particular en la construcción del discurso de los derechos.

En definitiva, las condiciones de una ciudadanía basada en derechos no parecen estar lejanas de las condiciones y exigencias de una sociedad justa. Ello, que puede parecer obvio, no es si no expresión del lugar central de la noción de ciudadanía en una sociedad bien ordenada, que tienda a ser la sociedad civil de los ciudadanos del mundo[14].

[14] *Vid.* Bobbio 1989: 112-125.

Bibliografía

Ansuátegui Roig, Francisco Javier (2013): *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid.

Asís Roig, Rafael Francisco de (2000): *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al Poder*, Dykinson, Madrid.

Costa, Pietro (2006): *Ciudadanía,* trad. Álvarez Alonso Clara, Marcial Pons, Madrid.

Díaz, Elías (1973): *Estado de derecho y Sociedad democrática*, Cuadernos para el diálogo, Madrid.

Díaz, Elías (2002): "Estado de Derecho y legitimidad democrática", en *Estado, justicia, derechos*, Díaz, Elías y Colomer, Juan Luis (eds.), Alianza, Madrid.

Habermas, Jürgen (2006): "¿Tiene todavía alguna posibilidad la constitucionalización del derecho internacional?" en *El Occidente escindido. Pequeños escritos políticos X*, Habermas, Jürgen, trad. López de Lizaga, José Luis, Trotta, Madrid.

Norberto, Bobbio (1991): *Governo degli uomini o governo della legge*" *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino.

Norberto, Bobbio (1989): *Il terzo assente*, Sonda, Torino.

Rabossi, Eduardo (1997): "Las generaciones de derechos humanos; la teoría y el cliché", en *Lecciones y ensayos*, núm. 69-71, 41-52.

Peces-Barba, Gregorio (1998): "Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales" en *Historia de los derechos fundamentales* (tomo I: Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII), Peces-Barba, Gregorio y Fernández García, Eusebio (dirs.), Dykinson, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 13-264.

Pérez Luño, Antonio Enrique (2006): *La tercera generación de derechos humanos,* Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

Pintoren, Anna (2003): *I diritti della democrazia*, Laterza, Bari.

Veca, Salvatore (2008): *Cittadinanza, Riflessioni filosofiche sull'idea di emancipazione*, nuova edizione, Feltrinelli, Milan.

Zagrebelsky, Gustavo (1992): *Il diritto mite,* Einaudi, Torino.

Asesinato de personas migrantes *sine permissum* en tránsito. Algunas consideraciones complementarias.

Murder of migrants sine permissum *in transit. Some complementary considerations*

Alessio Mirra
Casa del Migrante de Saltillo

Sumario: I. Introducción. II. El alcance del derecho penal internacional, y la definición de *crimen*. III. *Ratio* y alcance de los crímenes de lesa humanidad. IV. El alcance *rationae personae*: ¿Quién es imputable?. V. Consideraciones sobre la naturaleza complementaria de la Corte Penal: el test de gravedad. VI. Conclusiones.

Resumen: El tema de las graves violaciones a los derechos humanos hacia personas migrantes irregulares en tránsito permite diversas cuestiones desde una perspectiva amplia tanto de derecho penal, como de políticas públicas enfocadas al control y a la gestión multinivel de los flujos migratorios. Entre estas, están si se puede afirmar que existen crímenes de lesa humanidad al incurrir estas violaciones, y si tiene la Corte Penal Internacional jurisdicción sobre los casos en especie. Dichos planteamientos, sugestivos en términos de fondo y desde una perspectiva teórica, en parte suelen carecer de la rigurosidad de una fría visión del Derecho en el que las competencias y facultades de los órganos son elementos esenciales. Como objetivo de esta contribución, la atención se concentrará en algunos aspectos mencionados, con el fin de complementar la visión inicial propuesta, y ofrecer una opinión alterna sobre un tema delicado que, si bien es acertado, implicaría graves y delicadas consecuencias para los Estados involucrados.

Abstract: The issue of serious violations of the human rights of irregular migrants in transit allows for various issues from a broad perspective of both criminal law and public policies focused on the control and multi-level management of migratory flows. Among these are whether it can be said that there are crimes against humanity in committing these

violations, and whether the International Criminal Court has jurisdiction over cases in kind. These approaches, which are suggestive in terms of substance and from a theoretical perspective, tend in part to lack the rigour of a cold vision of law in which the competences and faculties of the organs are essential elements. As an objective of this contribution, attention will be focused on some of the aspects mentioned, in order to complement the initial vision proposed, and to offer an alternative opinion on a delicate subject that, although correct, would imply serious and delicate consequences for the States involved.

Palabras clave: *personas migrantes, flujos migratorios, crímenes de lesa humanidad, violaciones de derechos humanos, Corte Penal Internacional.*

Keywords: *migrants, migration flows, crimes against humanity, human rights violations, International Criminal Court.*

I. Introducción

En el último número de la Revista Mexicana de Ciencias Penales, un artículo propuesto trató el tema de las graves violaciones a los derechos humanos hacia personas migrantes irregulares (*sine permissum,* en las palabras del autor) en tránsito, desde una perspectiva amplia tanto de derecho penal, como de políticas públicas enfocadas al control y a la gestión multinivel de los flujos migratorios.

Las preguntas detonadoras del autor son muy interesantes: ¿se puede afirmar que existen crímenes de lesa humanidad al incurrir estas violaciones? Y, sobre todo, ¿tiene la Corte Penal Internacional (Cpi) jurisdicción sobre los casos en especie? De acuerdo a las opiniones del autor en la fase introductoria, resultaría evidente la existencia de los presupuestos para catalogar los hechos alegados como crímenes de lesa humanidad, y el substanciarse de jurisdicción en la materia por parte de la Cpi.

Si bien los planteamientos son sugestivos en términos de fondo y desde una perspectiva teórica, lo expresado en parte carece de la rigurosidad de la "fría visión del Derecho en el que las competen-

cias y facultades de los órganos son elementos esenciales" como se había planteado en la metodología (Castilla 2018: 26), resultando en un proceso que por algunas cuestiones parece forzoso, y que por lo general olvida considerar cuestiones que, aunque muy puntuales, resultan ser de extrema relevancia, tanto que, al ser consideradas correctamente, habrían posiblemente influido en las conclusiones.

Como objetivo de esta contribución, asumiendo los supuestos de fondo del texto propuesto en la Revista Mexicana de Ciencias Penales, la atención se concentrará en algunos aspectos que se consideran relevantes, con el fin de complementar la visión inicial propuesta, y ofrecer una opinión alterna sobre un tema delicado que, si bien es acertado, implicaría graves y delicadas consecuencias para los Estados involucrados.

En particular, la atención se concentrará sobre algunos asuntos en particular, recurriendo tanto a doctrina acreditada como a la jurisprudencia existente[1]: en una primera estancia, se hablará brevemente de la naturaleza de los crímenes internacionales *per se,* proveyendo un contexto general necesario para entender los apartados subsecuentes. Enseguida, se analizará el alcance propio de los "crímenes de lesa humanidad" en los casos específicos que son objeto de esta contribución (las graves violaciones a los derechos humanos hacia personas migrantes), poniendo énfasis en la estructura profunda de su *ratio*, y en la naturaleza de la provisión a raíz de las interpretaciones desarrolladas a lo largo de los años.

Como siguiente punto, se tratará en específico de los requisitos de *mens rea* en caso de crímenes internacionales y en la individuación de uno o más sujetos imputables en caso de supuestos crímenes de lesa humanidad en contra de personas migrantes, sobre todo considerando relaciones de poderes en una cadena de mando, y eventuales responsabilidades por actos omisivos.

[1] Siendo la mayoría de los textos a los cuales se hace referencia en lengua inglesa, es necesario mencionar al respecto que todas traducciones son no oficiales, proporcionadas directamente por el autor.

Por último, se tocará brevemente el complicado concepto de *gravedad* de acuerdo tanto a la interpretación de la Fiscalía, como de la Salas de Cuestiones Preliminares, en algunos casos emblemáticos. En conclusión, y desprendiendo de lo expresado en los párrafos anteriores, se afirmará de la manera más sólida posible, que lamentablemente no pueden configurarse crímenes de lesa humanidad en los supuestos planteados por el autor.

A su vez, la idea es proponer un camino alterno para garantizar que a las personas víctimas de políticas evidentemente restrictivas y violadoras de los derechos humanos, se les haga justicia de una forma tanto congruente con los principios de derecho internacional, como realista, es decir que mida el efectivo alcance de la Corte Penal Internacional, o de otros Tribunales de Justicia, en el contexto mencionado.

Cabe mencionar que, criticando el enfoque transnacional en este caso, la atención de esta contribución será enfocada primariamente a la realidad propia del contexto mexicano: no es posible buscar una responsabilidad internacional (menos aún penal) *a priori* en todos los casos de violaciones a los derechos humanos para personas migrantes a nivel internacional, siendo que, si bien existen cuestiones de convergencia en las políticas públicas, cada realidad nacional es un ejemplo que se tiene que considerar *per se*.

La idea de fondo no es proponer una visión nihilista de la contribución objeto de crítica, cuya idea de base es seguramente muy valiosa, sino colmar algunas lagunas en los supuestos planteados, con el fin de ofrecer una perspectiva práctica de remisión internacional, que haga luz y justicia para las personas migrantes.

II. El alcance del derecho penal internacional, y la definición de *crimen*.

El derecho penal internacional, así como el derecho internacional en general, no puede responder de forma acertada a los principios de certidumbre propios del derecho. Por su misma de-

finición, el derecho internacional es fruto de la voluntad política en la comunidad de los Estados; de hecho, su fuente principal (los principios imperativos de derecho), se deriva desde la existencia de la percepción de generar una norma (*opinio juris ac necessitatis*), y una práctica relevante en el tiempo (*diuturnitas*), que resulte en la percepción generalmente reconocida de inderogabilidad.

Fue ya la Corte Permanente de Justicia Internacional en *Lotus* (Tribunal PJI, *Francia vs. Turquía*, 7 septiembre 1927) en reconocer este hecho: "El derecho internacional gobierna las relaciones entre Estados independientes. Los principios de derecho que vinculan los Estados entonces se desprenden desde su propia voluntad […]" (*Lotus*: 18).

Si bien desde el 1927 el derecho internacional ha tenido un increíble desarrollo, lamentablemente todavía no existen los presupuestos para confiar en él con toda certidumbre, así como se hace con el derecho propio de las comunidades de los Estados-naciones: en ausencia de una fuerza capaz de ejercer su poder coercitivo de forma suficiente, el derecho internacional se queda a la merced de las voluntades políticas e indefenso frente a la mutabilidad de los gobiernos.

Por su parte, considerando las expectativas del derecho penal (que debería de ser normativo, formal, predecible y equitativo), y sobre todo frente a las expectativas preventivas o, en su caso, de rehabilitación del ofensor, tampoco se puede encontrar una relación firme con los *objetivos* del derecho penal internacional, que se prefije *punir* (no rehabilitar) solo crímenes extremadamente graves, o que en si puedan representar una amenaza a la paz y a la seguridad internacional, "de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto" (Estatuto de Roma: artículo 5).

Aunque no puede ser esta la sede para una desamina sobre la filosofía del derecho penal internacional (un argumento lo suficientemente controversial para el alcance limitado de este artículo), es muy importante aclarar y entender estos conceptos a la hora de

abordar cualquier tema al respecto: los temas de interés conciernen cuestiones muy delicadas, que no pueden absolutamente ser tratadas a partir de suposiciones políticas o de principios morales; por el contrario, necesitan de un análisis con un enfoque estrictamente de derecho, o que *busque su verdad* en principios de derecho, no en argumentaciones políticas subjetivas.

Si el derecho internacional está a la merced de los Estados, debe de ser tarea de quienes lo interpretan apuntar a su normativización y objetivación, mirando finalmente a reducir así el coeficiente *político-arbitrario*, hacia una normalización entre los estándares propios del derecho.

La búsqueda de lo más parecido a la certidumbre jurídica es fundamental a la hora de abordar el derecho penal, más aún al hacer referencia a crímenes de extrema gravedad como aquellos sujetos a la jurisdicción de la Cpi: no solo lo anterior por lo que podría implicar una acusación mal planteada hacia los individuos, sino en el respeto del principio de la economía procesal, en un sistema como aquel de la Cpi que no cuenta con suficientes recursos por sí mismo, y que trata de llevar los peores criminales, culpables de los más atroces crímenes, ante la justicia.

Antes de llegar a tocar los requisitos propios de los crímenes de lesa humanidad, es interesante también detener la atención sobre la definición de *crimen* de acuerdo al derecho internacional. Por este fin, se utilizarán las herramientas propuestas en el volumen de Boas *et al*. (2009a)[2]: un crimen internacional puede ser definido come "una conducta que viola el derecho internacional, y es punible toda vez que sea posible individuar responsabilidad penal, […] con énfasis en aquellos crímenes que representan categorías *centrales* entre los demás" (Boas *et al*. 2009a: 2).

Estos crímenes, de acuerdo al artículo 5 del Estatuto de Roma, son: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión.

[2] NdA: no se considera al respecto, la definición concerniente los crímenes *transnacionales*.

Cabe resaltar que, si bien el artículo 5 del Estatuto de Roma individua también el crimen de agresión (letra d), la más reciente jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (ICTY, en su sigla en inglés), del Tribunal Penal Internacional para el Ruanda (ICTR, en su sigla en inglés), y de la Corte Penal Internacional, solo en los primeros tres, debido a que todavía no se ha podido desarrollar (afortunadamente, se podría decir), una jurisprudencia conforme al crimen de agresión.

Por lo general existen tres elementos substantivos que conforman un crimen internacional: 1) un acto criminoso; 2) los requisitos generales propios de cada uno de los tipos criminales, y; 3) los requisitos específicos propios de algunos de ellos. Sin embargo, existe un cuarto elemento crítico para la conformación de un crimen: la presencia de una responsabilidad individual, es decir, las formas por las cuales una persona física resulta imputable por hechos internacionalmente ilícitos (Boas *et al*.: 2009a, 10).

Estos elementos tienen que todos coexistir para que se conforme un crimen internacional, cuya *ratio* es evidente en la intención de punir conductas más allá de las generalmente perseguibles a nivel nacional, y que por esto resulten de interés de la comunidad internacional.

Si bien sería posible ir más a fondo en términos generales, por cada uno de estos crímenes la jurisprudencia tanto de la CPI como de los tribunales *ad hoc* ha desarrollado interpretaciones puntuales; por lo tanto, debido al alcance de esta contribución, no se analizarán todos los crímenes mencionados, siendo que no resultaría congruente con la materia de este artículo: la atención será más bien enfocada en los crímenes de lesa humanidad, también objeto de la desamina del artículo del cual se propone una crítica.

III. Ratio y alcance de los crímenes de lesa humanidad

Reconocidos abiertamente como instrumentos parte del derecho internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial, de acuerdo a Hall y Ambos (2016):

> "Los crímenes de lesa humanidad tienen la intención de proporcionar protección penal en contra de transgresiones de las más fundamentales normas que protegen nuestras individualidades en cuanto actores políticos, y nuestra entidad social en cuanto miembros de comunidades políticas. Ellos protegen […] tanto intereses colectivos […], como intereses concretos de los individuos […]" (Hall y Ambos 2016: 156).

Aunque concretados en el artículo 7[3] del Estatuto de Roma[4], la definición de cada uno de sus apartados sigue en algunos aspectos todavía en parte vaga, dejando espacios para interpretaciones que no siempre resultan consistentes con los principios de derecho.

En este sentido, al hablar de *crímenes de lesa humanidad*, la precisión de Boas *et al.* (2009a) es necesaria:

[3] Art. 7(1): 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por *crimen de lesa humanidad* cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

[4] Los Estatutos del Icty y del Ictr también han proporcionados sus propias definiciones, así como otros tribunales *ad hoc*. Sin embargo, la definición del Estatuto de Roma no solo es la más reciente, sino también resulta ser la más amplia en término de contenido y alcance interpretativo.

> "La lista de daños alegados que pueden configurar los crímenes de lesa humanidad […] varía de alguna forma de acuerdo a las interpretaciones de los tribunales. Si bien existe una considerable literatura académica sobre algunos de los crímenes que no aparecen en los Estatutos *ad hoc* […], estos no han sido todavía objeto de interpretación jurídica relevante" (Boas *et al.* 2009a: 2).

La jurisprudencia del ICTY concreta de forma más sencilla la *ratio* de los CLH: "los crímenes de lesa humanidad están concebidos para salvaguardar los más básicos valores humanos, prohibiendo las atrocidades directamente dirigidas en contra de la dignidad humana" (ICTY Sala de Primera Instancia, *Prosecutor vs. Kupreskic,* 14 enero 2000: párr. 547).

Es en 2002, en el caso *Kunarac*, que la Corte de Apelaciones del ICTY estableció la que actualmente puede ser considerada como lista definitiva de los elementos que tienen que ser satisfechos para que una ofensa se califique como crimen de lesa humanidad:

1) Tiene que existir un ataque;

2) El acto tiene que ser parte del ataque;

3) El ataque tiene que ser dirigido a población civil;

4) El ataque tiene que ser generalizado o sistemático;

5) El perpetrador tiene que saber que se están cometiendo crímenes generalizados o sistemáticos en contra de población civil, y que sus actos se encajan en estos patrones (ICTY Sala de Apelaciones, *Prosecutor vs. Kunarac et al.,* 12 junio 2002*:* párr. 85)[5].

De acuerdo a Ambos (2012), la estructura del crimen revela dos núcleos fundamentales: un contexto, y algunos hechos individuales, que deben de concretarse en el contexto para que se pueda

[5] Véase también el caso *Blaskic* (ICTY Sala de Apelaciones, *Prosecutor vs. Blaskic,* 29 julio 2004). Ambos (2012) reduce estos requisitos a cuatro: 1) una prueba disyuntiva o test sistemático; 2) el elemento de la población civil como objeto del ataque; 3) un requisito mental especial; 4) la existencia de actos individuales en el marco del ataque (Ambos 2012: 6).

afirmar que se hayan cometido crímenes de lesa humanidad (von Habel y Robinson 1999).

En este sentido, hay que aclarar que, en esta contribución, solo se tratarán cuestiones que pueden, hoy en día, representar diatribas interpretativas en la definición. No se dedicará espacio para tratar de los términos *generalizado* y *sistemático* (*ex multis* Ambos 2012): las interpretaciones ya largamente aclaradas de la naturaleza y del alcance de estos dos términos, ha manifestado como no se requiere una convivencia de los dos requisitos, sino es suficiente la existencia de por lo menos de uno de los dos, es decir de un marco amplio en término de números de victimas (generalizado), *o* de un marco consistente en término de constancia y repetitividad de los hechos (sistemático) [6].

De lo contrario, lo que es importante que se aclare es la relación entre los hechos, la presencia de un *ataque*, y su enmarco en un contexto de *políticas públicas*[7]: sobre todo este último elemento, resulta indispensable y diferencia los crímenes de lesa humanidad de los crímenes de orden común (Hall y Ambos 2016: 164)[8].

[6] Se aclara que tampoco se analizará la interpretación del término *población civil*, debido a que no representa alguna controversia interpretativa ni por lo general, ni menos en el contexto de análisis. Una interpretación acreditada se puede encontrar en Hall y Ambos 2016: párr. 23-25.

[7] La definición original en inglés hace precisa referencia a "*State or organizational policy*". En *Bemba* (Cpi Tercera Sala de Cuestiones Preliminares, *Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo,* 21 marzo 2016). y en *Katanga and Ndudjolo* (Cpi Primera Sala de Cuestiones Preliminares, *Prosecutor vs. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui,* 30 septiembre 2008) se ha definido como *organizational* a grupos de personas que controlan un territorio especifico o alguna organización con la capacidad de perpetrar ataques generalizados o sistemáticos en contra de la población civil. A pesar de algunas opiniones originariamente disidentes (Bassiouni 2005), hoy en día también la doctrina se muestra generalmente uniforme en esta interpretación (*cfr.* Schabas 2008).

[8] En este sentido, vale la pena resaltar que la razón por la cual no se pude prescindir del elemento de contexto en los crímenes de lesa humanidad, resulta justamente de la importancia de percibir algunas conductas como de interés de la comunidad internacional: de acuerdo a Ambos (2002) esto puede resultar de la imposibilidad de procesar un crimen a nivel nacional, y que la impartición de justicia sea interés de la comunidad internacional, o; que el crimen sea de extrema gravedad, normalmente acompañado de una imposibilidad (o falta de voluntad) de punirlo a nivel nacional (Ambos 2012 13).

Si bien en su origen el término *ataque* se desprende de situaciones de conflicto armado, tanto la jurisprudencia como la doctrina han aclarado como el término no hace necesariamente referencia directa al término *ataque militar* de acuerdo a la definición procedente del derecho internacional humanitario (Cpi 2002: párr. 3).

En su lugar, se hace referencia a una serie de operaciones conducidas en contra de la población civil, que implica la comisión de uno o más de los actos delineados en el párrafo primero del artículo séptimo del Estatuto de Roma; de hecho, no es necesario que esté involucrada alguna acción militar, o algún utilizo de la violencia[9], siendo que pueden considerarse como suficientes maltratos en contra de la población civil (Hall y Ambos 2016: 164 – 165).

Sin embargo, y como se ha ya mencionado, la cuestión relevante en materia de la interpretación del término *ataque*, resulta en el *nexus* que se le debe de encontrar entre los hechos, y el ataque *per se*: en *Akayesu* el Ictr fue claro en definir que el ataqvvue debe de ser parte de una serie de ataques (tanto sistemáticos o generalizados), y no un acto de violencia ocasional (*Akayesu:* párr. 579)[10].

A pesar de que el Estatuto de Roma no proporciona elementos más claros para mejor definir este *nexus,* pero interpretaciones acreditadas (Hall y Ambos 2016: 167) mencionan cuestiones de similitud material, proximidad temporal y geográfica, entre otras[11]: los crímenes de lesa humanidad son colectivos por su misma naturaleza, así que actos aislados (si bien de extrema gravedad) no pueden ser situados en su umbral (Icty Sala de Primera Instancia, *Prosecutor vs. Tadic,* 7 mayo 1999: párr. 644).

A raíz de lo apenas planteado, vale la pena hacer referencia al texto del Dr. Castilla, cuando decide centrarse "primariamente en las muertes y no en todas las demás afectaciones a los derechos

[9] *Cfr*. Ictr Primera Sala, *Prosecutor vs. Akayesu,* 2 septiembre 1998: párr. 581.
[10] Aunque un solo ataque, pero extremadamente violento, puede ser suficiente para insertarse en el umbral de los crímenes de lesa humanidad.
[11] En el comentario, los dos autores mencionan como la jurisprudencia del Icty es instructiva al respecto.

humanos que se ha documentado sufren las personas migrantes" (Castilla 2018: 25)[12]. En este entendimiento, el autor aclarece que no se tratará de los demás crímenes por ser irrelevantes, sino que su "importancia y características requieren de un análisis particular a profundidad" (Castilla 2018: 25) que no puede ser alcanzado por su contribución.

En realidad, justo en el contexto de la migración internacional, entre todos los crímenes bajo los cuales se puede caracterizar el crimen de lesa humanidad, probablemente el asesinato sería el más difícil de comprobar en una relación causal. Lo anterior, se complica más a partir de la perspectiva planteada por el autor, que desprende su interpretación a partir de un texto de Ambos (2004), entendiendo así el asesinato "*largo sensu*, como la creación de las condiciones que ponen en peligro la vida con posibilidad de que ello cause la muerte según la experiencia humana razonable" (Castilla 2018: 33).

Esta interpretación de Ambos (2004, derivada de Bassiouni 1999) parece ligeramente más amplia de la generalmente aceptada, derivada de lo planteado a partir de *Akayesu,* cuando el Tribunal estableció que, para configurar un asesinato en el entendimiento de los crímenes de lesa humanidad, se requiere que la muerte haya resultado de un acto (u omisión) ilícita del acusado o de un subordinado (*Akayesu:* párr. 589)[13].

En este sentido, el autor opina que todas las muertes por asesinato de personas sin permiso de regular instancia serían directamente causadas por políticas discriminatorias que permean las políticas internacionales. Sin embargo, olvida mencionar que el texto citado en Ambos y Wirth (2002) continua de esta manera:

[12] Hall y Ambos (2016), citando Ambos y Wirth (2002), han afirmado que, a raíz de la inconformidad interpretativa de la jurisprudencia tanto del ICTY como del ICTR, la definición del alcance del asesinato está lejos de ser indiscutible, sobre todo en lo referente al requisito de premeditación y si en su caso, un homicidio culposo sería suficiente para satisfacer el umbral requerido (Hall y Ambos 2016: 180).
[13] Per una interpretación más articulada, cfr. Hall y Ambos 2016: párr. 30-37.

> "Bassiouni concluye que, dada esta definición amplia de homicidio en los mayores sistemas penales, como homicidio se entiende […] que incluya muertes non intencionales pero predecibles, que en sistemas de *common law* toma la definición de homicidio culposo, y en los sistemas Romanistas-Civilistas-Germánicos se entendería como homicidio doloso y homicidio culposo" (Ambos y Wirth: 47).

Al respecto entonces, la interpretación de Castilla resulta ser forzada, en el sentido que, si muchas muertes efectivamente son causadas por situaciones de generales inseguridad derivadas de políticas públicas no amigables, muchas otras se desprenden de hechos circunstanciales no directamente emergentes de las políticas públicas mencionadas.

En otras palabras, por lo general muchísimos actos de asesinato que involucran a personas migrantes no pasan el test de la *razón subyacente,* mencionado por el mismo Ambos en 2012:

> "Se trata […] de la protección contra los peligros particulares de la comisión múltiple o repetida de delitos, el apoyo activo o al menos tolerado por las autoridades (de facto) […]. Compárese, por ejemplo, el caso de un asesinato ordinario en el curso de un robo y el asesinato de un oponente político. En el primer caso, no hay apoyo oficial o la tolerancia de la muerte. En el último caso, este amplio apoyo o tolerancia aumenta el riesgo de la víctima potencial, escuda a los responsables de la persecución y podría transformar el asesinato común en un CLH. Por lo tanto, una prueba adecuada para establecer si un determinado acto fue parte del ataque y, por lo tanto, si es equivalente a un CLH, consiste en preguntarse si el acto hubiera producido un efecto menos destructivo y peligroso para la victima si no hubiera tenido lugar dentro del marco de un ataque y de conformidad con la política" (Ambos 2011: 16-17).

La ausencia de coherencia entre lo planteado por el autor y los elementos del crimen se percibe aún más evidente, para el caso del asesinato, en la identificación de responsabilidad objetiva "no solo por la existencia de políticas, sino también por las omisiones que

cometen al no proteger y garantizar el derecho a la vida de esas personas que se encuentre bajo su jurisdicción" (Castilla 2018: 39)[14].

Además de la errónea consideración de bilateralidad perfecta entre *derecho a la vida* y *asesinato*, se da una interpretación completamente equivocada de la responsabilidad de los Estados por actos considerados ilícitos, misma que varía además para actos que implican responsabilidad penal, y actos que pueden ser referidos a una corte de justicia.

No cabe duda, por cierto, que exista responsabilidad internacional por actos ilícitos tanto en caso de comisiones, como de omisiones de conducta (Agnu 2001: artículo 2). Sin embargo, actos de dicha naturaleza no generan necesariamente responsabilidad penal: en la mayoría de los casos, son actos que generan la imputabilidad del Estado con sus representantes ante un tribunal de justicia competente, que en su caso proveerá reparación adecuada (Agnu 2001: cap. II).

Es importante resaltar lo anterior, porqué en caso de la atribución de la responsabilidad por actos ilícitos, esta no puede concretarse en caso de que el Estado tenga la voluntad, pero la imposibilidad de proteger a las personas: si el Estado se encuentra

[14] Esta interpretación parece similar a aquella mencionada por Piragoff y Robinson (2016) en su comentario al art. 30 del Estatuto de Roma: "las consecuencias de un crimen pueden hacer referencia tanto a los resultados finales (tales como causar muertes), o la creación de un estado de daño o de riesgo […]. Las circunstancias de un crimen califican la conducta y las consecuencias" (Piragoff y Robinson 2016: 1114-1115). Sin embargo, las referencias de los autores se dirigen a daños inmediatamente subsecuentes o que directamente desprenden de los hechos imputados, que reflejan una conexión causa-efecto inmediata y evidente: por ejemplo, daños derivados de una mutilación o de experimentos médicos (cfr. Piragoff y Robinson 2016: notas 24 y 25). Seguramente, la interpretación de los dos autores no quiere significar un *nexus* causal tan amplio como aquel planteado por Castilla.
El subpárrafo 2 (b) del párrafo 2, del artículo 30 del Estatuto, respalda esta interpretación: si bien sea cierto que la conducta a la cual se hace referencia al párrafo primero, también se toman en consideración las consecuencias deseadas de otra conducta (*dolus directus*). Sobre la interpretación del alcance de intencionalidad de los hechos, concordamos con la mayoría de la doctrina sosteniendo que el concepto de *dolus eventualis* no puede considerarse como parte de la interpretación del Estatuto.

imposibilitado objetivamente para proteger las personas bajo su jurisdicción (hasta el punto de resultar en un Estado fallido), debido a que esto resultaría en acciones distintas a aquellas de una condena internacional. Sin embargo, en caso de responsabilidad penal, la cuestión es un poco diferente: si la responsabilidad internacional por actos ilícitos resulta en la condena de un Estado por hechos u omisiones perpetradas por sus representantes, la responsabilidad penal implica la condena de individuos enmarcados en un contexto político y organizacional, en una estrecha conexión entre causas y efectos entre los hechos imputados.

Derivado de lo mencionado, en *Akayesu* (párr. 580) y *Tadic* (párr. 653), se desprende que no es necesario que las políticas sean formalmente adoptadas por el Estado, así que una política que implícitamente o *de facto* genera crímenes de lesa humanidad es suficiente para que se considere la existencia del contexto necesario para generar el tipo penal.

Sin embargo, los Elementos del Crimen (Cpi 2002) esclarecen que la política que debe de generar el ataque requiere que este sea promovido abiertamente o, en su caso, que deliberadamente se aliente la omisión de actuar[15], y que conscientemente se apunte a una inacción que genera los hechos delictivos descritos en el primer párrafo del art. 7 del Estatuto de Roma[16].

La nota 6 aclara: "La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización".

En el caso específico de México, no se puede hablar de una *política de Estado vuelta a asesinar a personas migrantes* ni, a su vez,

[15] Ambos (2016: párr. 55) subraya en efecto como durante la Conferencia de Roma, donde se ratificó el Estatuto de la Corte Penal, los constituyentes no pudieron concordar una regla general con respecto a la configuración de las bases en los hechos omisivos. Aunque en el borrador final se había configurado un *actus reus* específico en el artículo 28, ese mismo fue cancelado por ausencia de consenso en la definición misma de omisión.

[16] *Cfr.* Opinión Independiente del Juez Shahabuddeeen, en Icty Sala de Apelaciones, *Prosecutor vs. Tadic,* 15 julio 1999*:* párr. 33-38.

tampoco se puede afirmar de forma suficientemente acertada, que las muertes de personas migrantes en el traslado sean siempre directamente derivadas de políticas restrictivas del Estado. Tampoco, se puede pensar que las acciones que desprenden de las políticas migratorias sean causa directa de todas las muertes de personas transmigrantes en México: el nexo causal es demasiado débil, tanto directa como indirectamente.

Con toda honestidad, esta conexión sería posiblemente comprobable en muy pocos lugares del mundo.

Al revés, sería mucho más efectivo en términos legales hacer referencia a otros supuestos normativos propuestos por el artículo 7: entre ellos, las detenciones arbitrarias masivas en el caso de los supuestos por la Ley de Migración y su Reglamento y, a raíz de estas detenciones, de las torturas que se llevan a cabo en el proceso que involucra el encuentro entre personas migrantes y autoridad migratoria[17].

El término *detención* ha sido interpretado de forma amplia por la jurisprudencia del Icty y del Ictr, plasmándose así mismo en el Estatuto de Roma: se entiende así, en la interpretación del texto, tanto el aprisionamiento clásico, como *otras graves privaciones de la libertad*, siempre y cuando sean *en violación de normas fundamentales del derecho internacional* (Hall y Ambos 2016: 199)[18].

Las privaciones de la libertad a las cuales hace referencia el artículo 7 del Estatuto de Roma han generalmente sido interpretadas

[17] Se podrían también considerar, a raíz de la incidencia de casos, los crímenes de deportación o traslado forzoso de población (artículo 7, párr. 1, letra d). Sin embargo, su interpretación requeriría de deportaciones en violación de normas de derecho internacional: si bien es cierto que se registraron diferentes casos de deportaciones en violación al principio de no devolución, considerando que reunir para ellas los requisitos necesarios para que se consideren crímenes de lesa humanidad es difícil, y requeriría de un análisis mucho más allá de lo desarrollable en este contexto.

[18] De manera relevante, ya en *Kunarac* (2002), el Icty mencionó como un *ataque* de acuerdo a la definición del crimen de lesa humanidad, puede ser dirigido a cualquier civil (entendido como no parte de hostilidades, en caso de conflicto armado), incluyendo hechos ocurridos en situación de detención (*Kunarac*: párr. 416).

como formas de privaciones *arbitrarias* de la libertad individual (*Krnojelac* 2002: párr. 112)[19]. Si bien la prohibición de detenciones arbitrarias ha sido reconocida por numerosos instrumentos de derechos humanos, en términos de jurisprudencia de los tribunales *ad hoc,* la interpretación en *Kordič* (2004) es de particular relevancia: se pueden considerar legales procedimientos de detención solo si:

> "[…] la privación de la libertad, en una primera instancia, fue legal. Luego, a pesar de la legalidad de la primera privación de la libertad, si la persona confinada tuvo acceso a los procedimientos que la resguardan durante la detención" (ICTY Sala de Primera Instancia, *Prosecutor vs. Kordic y Cerkez*, 26 febrero 2001: párr. 279).

Sin embargo, posiblemente la interpretación del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria de Naciones Unidas (1997) ofrece la interpretación más incluyente con respecto al concepto de arbitrariedad, a través de tres categorías principales:

1) Ausencia clara de una base legal que justifique la privación de la libertad;

2) Cuando la privación de la libertad se desprende a raíz del ejercicio de los derechos y las libertades garantizadas por los artículos 7, 13, 14, 18, 19, 20 y 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y de los art. 12, 18, 21, 22, 25, 26 y 27 del PIDCP;

3) En el caso en que se verifique la inobservancia total o parcial de las normas internacionales de derechos humanos relativas al derecho al debido proceso, de una forma tan grave que pueda considerar la privación de la libertad como arbitraria (GTDA 1997: párr. 8).

Por cierto, la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Vélez Loor* (Corte IDH, *Vélez Loor vs. Panamá,* 23 noviembre 2010) es posiblemente la que más puede guiar hacia el entendimiento de los estándares propios de las

[19] También el término *encarcelamiento* se ha leído de forma amplia, es decir como "la privación de la libertad de un individuo sin el respeto de normas de debido proceso" (*Kordič* 2004: párr. 114).

medidas de privación de la libertad en el contexto interamericano: si se toma en cuenta el párr. 166 de la sentencia (que describe los requisitos de legalidad que se deben de respetar para que una detención no sea arbitraria), los tres puntos mencionados se encajan perfectamente en el sistema de detenciones migratorias establecido por el Estado mexicano.

Como se menciona más adelante:

> "Serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines" (*Vélez Loor* 2010*:* párr. 171).

En este caso, sí se puede afirmar que el Estado Mexicano ha estado implementando una política de detenciones sistemáticas y arbitrarias de personas migrantes, dirigida a causar la deshumanización de las mismas y disuadirlas a entrar en el territorio mexicano (Gidmt 2018)[20].

Esta reflexión, también abona a respaldar la tesis por la cual hablar de crímenes de lesa humanidad "en todas las regiones del planeta" (Castilla 2018: p. 24) es aproximado y no se refleja en la necesidad de puntualidad propia de la acusación penal: definitivamente, es banalmente aproximado (en términos de derecho penal) hablar de "una política común de los Estados al establecer políticas migratorias restrictivas que impiden el uso de medios menos peligrosos y autorizados para cruzar fronteras y acceder en los países" (Castilla 2018: 36-37).

No cabe duda que cada Estado tiene derecho a implementar sus propias políticas migratorias de forma libre e independiente de acuerdo al principio de soberanía nacional, y que hay ejemplos

[20] *Cfr.* al respecto, las recomendaciones del Comité Internacional de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares a México (Uncmw 2017) y el reciente informe del Consejo Ciudadano del Instituto Nacional de Migración sobre Estaciones Migratorias (2017).

desafortunados de Estados que ponen en abierto riesgo la vida de las personas migrantes; a raíz de esto, no puede en algún momento desprender un análisis generalizado, y a menudo es de extremada importancia considerar cada caso como independiente, buscando de esa manera formas de responsabilidad internacional.

IV. El alcance *rationae personae*: ¿Quién es imputable?

Diferentemente de los criminales comunes, aquellos que cometen crímenes de lesa humanidad pueden no temer un castigo. Es por esto, que sus acciones magnifican el daño, además generando una atmosfera que puede propiciar la comisión de crímenes por parte de terceros (Ambos y Wirth 2002: 15).

Debido a lo anteriormente planteado, existe la posibilidad de individuar formas de responsabilidad internacional por algunos de los actos calificados por el artículo 7 del Estatuto de Roma: en el caso de las muertes en alta mar, por ejemplo, existe una copiosa jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos que respalda el *nexus* entre políticas públicas en materia de migración, y daños alegados a las personas (*cfr. ex multis,* Tribunal Edh, *Hirsi Jamaa et al. vs. Italia*, 23 febrero 2012). Sin embargo, aquí surgen unas preguntas fundamentales: ¿se puede individuar una responsabilidad en los términos del derecho penal para los hechos adscritos? y, en su caso, ¿quiénes serían imputables?

Cassese (2005), al hablar de responsabilidad penal, recuerda que esa es *individual*: nadie puede ser considerado responsable tanto de hechos que no ha cometido, como de alguna omisión que no se puede atribuir directamente a él (Cassese 2005: 180-181)[21].

[21] Ya desde la jurisprudencia del tribunal de Núremberg, se individuó la necesidad de evitar condenas de masa, identificando una responsabilidad penal personal con base en principios jurídicos bien definidos (cfr. Tribunal Militar Internacional, *Francia et al. Vs Hermann Göring et al.,* 01 octubre 1946). Y fue el mismo tribunal, en la mencionada sentencia, a decidir que responsables de

Si bien en el transcurso de esta contribución se ha planteado la existencia de responsabilidad penal *vis-á-vis* la Cpi por hechos omisivos, resulta necesario individuar con precisión en qué momento se puede generar responsabilidad penal en los casos específico[22].

De acuerdo a la opinión de Ambos (2016), en su interpretación del artículos 25, la diferencia moral entre *acción* y *omisión* depende, en términos de responsabilidad penal, de la existencia de un deber legal de actuar (Ambos 2016: 1025); es decir, esta responsabilidad yace en actores que, por su posición laboral o por su rol en la sociedad, detienen una nómina protectora hacia algunos objetos de interés social, o una responsabilidad especial sobre recursos considerados peligrosos.

La comparación entre los artículos 7, 25 y 30 del Estatuto es necesaria en esta ocasión: para que un hecho omisivo sea considerado

crímenes internacionales solo aquellos individuos que conocían que la organización de pertenencia perseguía una política criminógena, que implicaba acciones punibles penalmente (*Göring* 1946: 273).
También el Estatuto de Roma respalda esta interpretación, en el caso de los crímenes de lesa humanidad: el requisito general de *mens rea* (planteado en su definición general al art. 30 del Estatuto de Roma) , se debe de agregar el requisito de *conocimiento* expresado por el art. 7: otra vez más, los ataques individuales deben de ser conscientemente parte de una política de Estado; es decir, en este contexto, el perpetrador debe de percibir sus acciones como parte de unos fines más grandes (*Cfr.* Piragoff y Robinson 2016).

[22] *Stricto sensu*, siendo uno de los principios rectores para que se sustancie jurisdicción *rationae materiae* de la Corte los requisitos de *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, la Cpi no tiene jurisdicción sobre hechos omisivos. Sin embargo, esta forma de responsabilidad es considerada un principio general de derecho, así que la Corte, a lo largo de su práctica jurisprudencial, se ha considerado competente *rationae materiae* en caso de responsabilidades omisivas que se pueden aducir a la persona imputada. En lo específico, en el caso *Ali* (Cpi Segunda Sala de Cuestiones Preliminares, *Situation in the Republic of Kenya in the case of the Prosecutor vs. Muthaura, Kenyatta and Ali,* 23 enero 2012), la Segunda Sala Preliminar afirmó que "la exclusión de los actos omisivos sería contraria al objetivo y a la finalidad de la Corte en la interpretación del art. 17(1) (d) del Estatuto, en una forma que reduciría, desde el punto de vista jurídico, la jurisdicción de la Corte *rationae materiae*" (*Ali*: párr. 46).
Este debate también se ha dado en los tribunales *ad hoc*: la tendencia ha sido de utilizar la doctrina de la responsabilidad superior como una forma de responsabilidad por default en casos en que una responsabilidad directa o afirmativa no puede ser probada (*Cfr.* Icty Sala de Primera Instancia, *Prosecutor vs. Blaskic*: 3 marzo 2000: párr. 337).

válido en los términos del crimen de lesa humanidad, no puede esto derivar de una mera negligencia, siendo aplicable el principio de derecho *actus non facit reum nisi mens sit rea,* requiriendo la participación de forma *dolosa* del perpetrador (Ambos y Wirth 2002: 36-37)[23]. Por lo tanto, un hecho omisivo implicaría el mismo estándar de *mens rea* que un hecho positivo, es decir, tiene que ser directamente dirigido a cometer crímenes de lesa humanidad para ser considerado imputable.

Para que una persona puede ser imputable entonces, tiene que ser directamente culpable de violar normas penales, demostrando una actitud interior que implica la participación (dolosa o culposa) en el hecho o en la omisión imputada, por lo tanto, considerando inadmisible cualquier responsabilidad penal objetiva (Cassese 2005: p. 181). En las expresiones utilizadas en *Tadic,* "el perpetrador debe tener conocimiento del contexto amplio en el cual los hechos demandados ocurren" (Primera Sala, *Tadic:* párr. 626).

Reiterando lo anterior, Ambos (2016) afirma que "un individuo es responsable penalmente en caso de que cometa, tome parte o intente cometer un crimen que se encuentra en la jurisdicción de la Corte" (Ambos 2016: 985)[24].

Como se encuentra explicado en los Elementos del Crimen, el perpetrador no tiene que tener conocimiento del entero *plan de ataque*, o de todos los detalles detrás de una específica política, sino es suficiente que sepa que se está llevando a cabo un ataque en general. Lo más importante, desprende de que no es necesario que un autor sepa que sus acciones eran inhumanas, o que se puedan considerar como crímenes de lesa humanidad, sino que sepa que el hecho de que haya perpetrado sus acciones en el contexto de un ataque, haya a su vez generado un aumento en sus efectos hacia

[23] Se entienda en este contexto el concepto de *doloso* en sus tres acepciones de dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual.
[24] Para u na interpretación profundizada del art. 25 del Estatuto de Roma, cfr. Ambos (2016).

las víctimas, o haya contribuido a que otros perpetren el mismo crimen (Ambos y Wirth 2002)[25].

Esta interpretación ha sido también adoptada por la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso *Bemba* (2009), cuando se ha confirmado que el test de negligencia que se debe aplicar tiene la intención de demonstrar que el superior en mando tenga el deber de conocer la conducta de sus tropas (*Bemba:* párr. 432-434)[26].

En el caso específico mexicano entonces, que implicaría la culpabilidad del Estado por sus políticas *vis-á-vis* las personas migrantes , concorde a la posibilidad de considerar detenciones masivas contrarias a los principios generales del derecho internacional y hechos que pueden configurar crímenes de lesa humanidad, la responsabilidad individual sería *teóricamente* imputable a aquellos funcionarios públicos que percibían (o perciben) sus acciones vueltas a la privación de la libertad, como parte de una política de Estado contraria a los principios de derecho internacional.

Sin embargo, habrá que verse si es posible que la Corte Penal Internacional considere de su competencia, o más bien viable, empezar una investigación sobre el caso mexicano. Sobre todo, habrá que ver si la Fiscalía considera el caso lo suficientemente *grave* para poder desarrollar una investigación y, a raíz de ello, si lo anterior podría llevar a concluirse en una sentencia de la Corte. En el siguiente párrafo entonces, se entrará un poco más a fondo en este tema, abordando la cuestión de la *gravedad* de los hechos delictivos conforme al artículo 17 del Estatuto de la Corte, cuya consideración es necesaria con el fin de entender la forma en que la Corte puede no solo ser justa, sino también efectiva.

[25] En numerosos textos se hace mención como ejemplo del caso *Finta* (Corte Suprema Canadiense, *Her Majesty the Queen vs. Finta,* 24 marzo 1994), en el cual se argumenta que la "ceguedad voluntaria" es suficiente para generar responsabilidad.

[26] El art. 28 del Estatuto específica que un superior en mando es punible por no haber sido capaces de prevenir que sus subordinados cometieran crímenes, o por no punirlos adecuadamente por estos hechos, no habiendo implementado todas medidas necesarias y razonables para ello. Para mayores detalles, cfr. Triffterer 2016.

V. Consideraciones sobre la naturaleza complementaria de la Corte Penal: el test de gravedad.

La Corte Penal Internacional está delineada para garantizar la justicia en un contexto de graves crímenes internacionales. Sin embargo, su primer deber es velar para que los sistemas judiciales nacionales tengan la posibilidad de investigar y procesar los individuos sospechados de haber cometido crímenes bajo la jurisdicción de la Corte.

Desde una perspectiva estrictamente legal, el requisito de complementariedad está definido por los artículos 17, 18 y 19 del Estatuto de Roma (Scheffer 2011: 75). Cuando una situación ha sido puesta a consideración de la Corte (Estatuto de Roma: artículo 13), y ha sido avalada la competencia por la Sala de Cuestiones Preliminares, el fiscal debe de notificar los Estados que ejercen jurisdicción sobre los hechos o los individuos investigados.

Los Estados tienen un mes para informar la Corte que están desarrollando las investigaciones necesarias acerca de los crímenes objeto de la remisión; en caso de que se dé esta notificación, el fiscal debe de retirarse por los siguientes seis meses, dejando que se desarrolle el procedimiento sin que la Corte interfiera.

Además de lo anterior, la Corte tampoco puede ejercer su jurisdicción en caso de que un Estado que tenga jurisdicción sobre ello esté investigando, procediendo, o haya ya emitido un juicio definitivo, o también si la persona sospechada ya haya sido procesada por la misma conducta delictiva imputada; excepciones solo pueden considerarse en caso de que los procedimientos sean evidentemente viciados, o si, durante los procedimientos investigativos, se comprobara que el Estado no pueda o no quiera genuinamente proseguir con el procedimiento.

En último, la Corte puede considerarse incompetente en caso de que el Caso no resulte suficientemente grave para justificar ulteriores acciones de la Corte. El test de gravedad es probablemente

la barrera más significativa para la admisibilidad: ese abona a que la Corte se enfoque en crímenes cometidos por personas con una posición de alto liderazgo, cuando exponentes menores de las cadenas de mando pudieron haber orquestado ataques individuales que, si son vistos con una mirada en conjunto entre todos los actores de la cadena de mando, pueden constituir crímenes de magnitud significante (Scheffer 2011: 75).

Es congruente la opinión de SáCouto y Cleary (2008), cuando deducen la *ratio* del término no solo en la necesidad para la Corte de enfocarse en los crímenes verdaderamente graves, sino también en un principio de economía procesal, es decir para que no se ahogue en la magnitud del número de casos a procesar (SáCouto y Clearyv 2008: 809)[27].

La definición de cuál sería una gravedad *suficiente* para justificar el proceder de la Corte, y los criterios para determinarla, han sido discutidos a lo largo de los años desde la creación de la Cpi, sobre todo a través de la practica desarrollada por la Corte misma (Ochi 2016).

La norma 29 del Reglamento de la Oficina del Fiscal, ofrece hoy en día la única interpretación normativa vigente. Al párrafo dos, se expresa como "para avaluar la gravedad de los presuntos delitos, la Fiscalía debe de considerar diferentes factores, dentro de los cuales su magnitud, su naturaleza, las modalidades de perpetración, y el impacto" (Reglamento de la Oficina del Fiscal, párr. 2). Sin embargo, la practica anterior de la Corte representa una base de análisis fuerte, sobre todo considerando que la jurisprudencia desde el 2009 ha desarrollado una trayectoria interesante.

[27] *Cfr.* El Zeidy 2008: "Si la Cpi tuviese que manejar cualquier tipo de crímenes bajo su jurisdicción, incluyendo aquellos de menor gravedad, estaría inundada de casos y no resultaría afectiva debido a la carga de trabajo excesiva y desproporcionada. Esta fue la filosofía en origen detrás de la introducción del mecanismo de admisibilidad en el Borrador del 1994 de la Comisión de Derecho Internacional, que fue considerada como la base para construir el mecanismo del Estatuto de Roma" (El Zeidy 2008: 36).

En 2006, con respecto a la situación en Iraq y a la decisión de justificar la improcedencia de su investigación con base justamente en la gravedad de los hechos, el Fiscal Luis Moreno Ocampo expresó que, para medir la gravedad, un rol principal lo juega el número de víctimas que los delitos investigados son capaces de procurar: en el caso específico, el Fiscal decidió no investigar sobre la situación Iraquí porqué el número de víctimas de otros contextos bajo investigación era más alto, así de no resultar suficiente para satisfacer el umbral mínimo de gravedad.

Si bien esta afirmación puede ser controversial, describe a la perfección el pragmatismo necesario por los funcionarios de un órgano cuyos recursos son muy escasos, frente a la cantidad de crímenes que en teoría podrían ser sujetos de la jurisdicción de la Corte.

Seguramente, la cuestión de la voluntad política y de la real autonomía/poder *absoluto* de la Fiscalía es muy fuerte: como resaltado por Schabas (2008b), el hecho de que la Fiscalía no pueda decidir sobre la gravedad de los hechos a investigar en caso de remisión directa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas limita la tesis pragmática del Fiscal Ocampos, lamentablemente valida desde una perspectiva de economía procesal.

Seguramente, no es este el contexto apto para entrar en un discurso interminable sobre la efectividad e imparcialidad del Consejo de Seguridad de la Onu, y como eso afecta la independencia de la Cpi, pero seguramente vale la pena dejar ahí el interrogativo con referencia a la interesante y controversial interpretación del Fiscal Ocampos.

En el caso *Lubanga* (Cpi Primera Sala de Cuestiones Preliminares, *Situation in the Democratic Republic of Congo in the Case of the Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo,* 26 octubre 2006), la Sala de Cuestiones Preliminares de la ICC por primera vez tuvo la posibilidad de establecer criterios para la definición de la gravedad, argumentando que el test se compondría de tres preguntas eje: si la conducta tiene características sistemáticas o de larga escala; la posición en mando de la persona en mando, es decir, si es un alto

oficial militar o de gobierno*;* si esa persona se podría considerar alta en mando, considerando su rol en la comisión de los hechos y, el rol que la organización que representa en la comisión general de los crímenes en la jurisdicción de la Corte.

La corriente pragmatista fue criticada por Murphy (2006) que, desde una perspectiva sustancial, afirmó que el pragmatismo no puede ser base para impunidad, dejando que posibles perpetradores de graves crímenes internacional evadan la justicia simplemente con base en su (falta) de posición de liderazgo (Murphy 2006: 312). Por cierto, este test limitaría de forma inapropiada la discreción de la Fiscalía, haciendo imposible investigar y juzgar a criminales no altos en la cadena de mando.

En 2010, cuando el Reglamento de 2009 ya había entrado en vigor, la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso *Abu Garda* argumentó que efectivamente la naturaleza, la forma y el impacto del supuesto ataque son cruciales en definir la gravedad del mismo, anexando también que la dimensión cualitativa del ataque tiene que ser tomada en consideración (Cpi Primera Sala de Cuestiones Preliminares, *Situation in Darfur in the Case of the Prosecutor vs. vahar Idriss Abu Garda,* 8 febrero 2010*:* párr. 31). De esta forma, la Corte encontró la forma posiblemente de deslindar la definición de gravedad desde la posición del perpetrador, a su vez enfocándose en la perspectiva de la víctima, es decir, sobre su percepción del daño recibido o del impacto de los crímenes imputados (Ochi 2016: 8).

A pesar de que aparentemente se estaba desarrollando una línea interpretativa más incluyente de lo inicialmente tratado en *Lubanga,* con el caso *Kenya* (2010)*,* la Sala de Cuestiones Preliminares enfocó de nuevo la importancia de la decisión sobre la gravedad en la que los imputados tengan el nivel más alto de responsabilidad para los presuntos delitos cometidos (párr. 60), confundiendo finalmente el contexto interpretativo, sobre todo sobre el porqué no se solicitó un recurso a la Camera de Apelación para que se revisara la consistencia de la Sala de Cuestiones de Preliminares sobre este asunto (Ochi 2016: 10).

En la Sesión Temática sobre la Situación en Colombia, el Fiscal explicó que su proceso de selección de la situación involucra también dos factores más: la importancia y el rol en la jerarquía del posible imputado. Adjunto a lo anterior, en su requerimiento de la autorización para empezar las investigaciones sobre la situación en Costa de Marfil (2011), el Fiscal expresó que, al examinar la gravedad de casos potenciales, tomó en consideración, entre la lista de personas o grupos posiblemente involucrados, aquellos que parecían tener responsabilidad por los crímenes más graves (Cpi Tercera Sala de Cuestiones Preliminares, *Situation in the Republic of Cote d-Ivoire Coast,* 23 junio 2011: párr. 56).

Si bien parecía entonces que la importancia de los perpetradores la jugaba un rol de padrón en la interpretación de la Fiscalía, con la publicación del *Policy Paper on Preliminary Examination* (2013), aparentemente la interpretación prevalente fue aquella procedente de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares sobre la Situación en Kenia.

Por lo general, los dos enfoques que se han descrito en estos últimos párrafos pueden resumirse en una visión desde la perspectiva de la víctima, y en otra visión desde la perspectiva de la persona sospechosa. De acuerdo a la práctica de la Cpi, la posición de liderazgo de la persona posible imputada ha sido considerada como irrelevante, mientras que ese elemento ha sido considerado como parte de la evaluación de la gravedad de la situación (Ochi 2016: 13).

La idea de un estándar doble hace referencia entonces a situaciones diferentes a lo largo de los procedimientos entre la Fiscalía y la Corte: el enfoque que se encentra sobre los crímenes y las víctimas, se adopta en el proceso de selección de casos, mientras que el procedimiento acerca de la selección de procesos requiere que el enfoque también considere la posición de liderazgo de las personas sospechadas.

Sin duda, la falta de claridad es caracteriza la interpretación del concepto de gravedad', mismo que en muchas ocasiones ha

generado críticas justamente por su discrecionalidad. Como han mencionado SáCouto y Cleary (2008):

> "Si la Fiscalía no maneja con cuidado la distinción entre consideraciones de gravedad con el fin de determinar si un caso o una situación es admisible ex artículo 17 del Estatuto de Roma, y consideraciones de gravedad finalizadas a determinar cuáles situaciones y casos, entre los posiblemente admisibles, serán investigados o perseguidos como parte de los poderes discrecionales de la Fiscalía, la percepción pública de la Corte podría verse lastimada" (SáCouto y Cleary 2008: 851).

Aunque muchas son las críticas, la Corte no puede dejar de ser pragmática: debido a la escasez de recursos, la existencia de un doble estándar que permita seleccionar casos emblemáticos es necesaria, justamente para garantizar la efectividad del sistema.

A pesar de lo complicado que resulta ser este análisis, el artículo del Dr. Castilla carece de una articulación suficiente que pueda justificar la acción de la Fiscalía. A pesar de que, en su informe al Consejo de Seguridad, la Fiscal mencionó que está recolectando informaciones para que se pueda abrir una investigación relativa a crímenes contra migrantes en Libia, esto implicaría que la Fiscal percibe que la *situación* en *Libia* merece un análisis profundizado.

Como esto se relacione a la situación de las personas migrantes *sine permissum* en las diferentes regiones del globo, resulta demasiado ambiguo e impreciso, para que se pueda satisfacer con claridad el umbral de la gravedad.

VI. Conclusiones

Los crímenes de lesa humanidad, así como los demás crímenes internacionales bajo la jurisdicción de la Cpi, están diseñados para activar la competencia de la Corte solo en casos extremadamente graves: como se ha podido examinar en las páginas anteriores,

son muchos los elementos que tienen que coexistir para que la Corte pueda activarse, y terminar con una sentencia de condena su procedimiento.

Aunque el Estatuto de Roma expande el alcance de los crímenes de lesa humanidad como ninguna otro Tribunal *ad-hoc* precedentemente (Scheffer 2011), su *ratio* sigue siendo cualificar hechos en un contexto de violaciones graves generalizadas o sistemáticas a los derechos humanos.

Lo que es importante resaltar de la Corte es su función complementaria: a pesar de que está delineada para impartir justicia penal internacional en un juzgado internacional, tiene el primario deber de permitir a los sistemas nacionales la oportunidad inicial de investigar y procesar personas sospechadas de haber cometidos crímenes atroces, o cualquier otro asunto de competencia de la Corte (Scheffer 2011: 74-75).

Hasta ahora, todavía no se había tocado uno de los puntos más problemáticos del escrito aquí criticado, es decir el momento en que el autor brincó de las declaraciones de la fiscal de la Corte, a la individuación de crímenes de lesa humanidad para todas las personas migrantes en tránsito en diferentes lugares en el mundo.

Como ya se dijo anteriormente en este texto, es una aproximación que un estudio *fríamente de derecho* no se puede permitir.

Las situaciones descritas por la Fiscal en su informe ante el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas son acertadas: en Libia la situación es tremenda, y esto confirmado por años de informes de organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil[28]. Sin embargo, las conclusiones a las cuales se llegó son equivocadas: no puede existir competencia de un tribunal internacional *penal* para los crímenes evidenciados, por qué no existen los supuestos para definir una política transnacional que genere (otra vez, de forma transnacional) la muerte de personas migrantes.

[28] *Cfr. ex multis*: Amnistía Internacional 2018.

Afirmar esto implicaría rebasar la *ratio* tanto del Estatuto de Roma, como de la misma Corte Penal Internacional: además de las cuestiones relativas a la voluntad política de los Estados a remitir la cuestión a la Cpi, no existen los presupuestos jurídicos para que la Fiscalía ejerza su acción en una Corte. En la idea del autor, la Fiscalía debería de tomar en cuenta empezar investigaciones paralelas sobre todos los países del mundo donde las personas migrantes sufren condiciones inhumanas debido a políticas públicas, individuar una responsabilidad individual y, con el aval de la Sala de Cuestiones Preliminares, esperar que los Estados con sus propios mecanismos se den el tiempo de impartir justicia.

Siendo realistas, este esfuerzo resultaría en un desgaste para la Fiscalía, además que no permitiría de verdad impartir justicia. Como justamente dice el autor, posiblemente el único caso posible al momento "para llegar a la jurisdicción de la Cpi es Libia", pero no solo por daños a personas migrantes (Fiscal 2017: párr. 25-29), sino por las atrocidades que en los últimos años se han perpetrado en su territorio[29].

Sin embargo, no cabe duda que en algunos contextos del mundo (véase las recientes practicas italianas) se pueden derivar hechos que podrían convertirse en crímenes de lesa humanidad: sin embargo, a partir de los hechos concretos, ¿es posible individuar un imputado, y definir una responsabilidad penal?

Es exactamente en este punto que falla la consideración del test de gravedad: es decir, no todas las cuestiones en el mundo donde las personas migrantes sufren graves violaciones a sus derechos humanos pueden ser consideradas suficientemente graves de acuerdo a los dos estándares mencionados en el capítulo anterior.

[29] La fiscal afirmó por cierto que se emitió un mandato de arresto para "Mr. Al-Tuhamy", ex capo de la Agencia de Seguridad Interior bajo Muammar Gaddafi, pero por crímenes de lesa humanidad para aprisionamientos, persecución, tortura y otros actos inhumanos, además de crímenes de guerra de tortura, tratos crueles y ultrajes contra la dignidad de la persona; es decir, en un contexto mucho más amplio de los daños alegados a personas migrantes en tránsito.

Por lo general, parece entendible el afán de gritar al *crimen internacional* con sentido amarillista; sin duda alguna, hacen más ruido las teorías sensacionalistas, que un análisis verdaderamente apegado a principios jurídicos.

¿Existe una política internacional vuelta a causar asesinato de personas migrantes? No. ¿Existe en algún lugar del mundo una política particular que puede generar crímenes bajo la jurisdicción de la Corte? Mucho más que probable. ¿Puede considerarse la Corte competente? Esto depende de muchos factores, entre los cuales, la necesidad de seleccionar situaciones e imputados de acuerdo al poder discrecional de la Fiscalía.

Lamentablemente, la CPI no está para punir todos los crímenes graves que existen en este mundo: su razón de ser sigue siendo complementaria a las autoridades nacionales, y no se puede pensar recurrir a ella por cualquier situación que, si bien resulta grave, tiene sus márgenes de resolución en otros contextos. Además, la Corte no está estructurada para punir políticas de Estado – por eso, existen las cortes de justicia. La Corte debe de punir crímenes, y por lo tanto debe de poder encontrar una persona imputable.

En fin, si de verdad se quiere incidir en el tema, la forma para cambiar las políticas públicas que afectan las personas migrantes no sería recurrir a la Corte Penal Internacional: en dado caso, existen Cortes a nivel regional que ya se han probado efectivas en influir en las políticas públicas emitiendo condenas directas para actos ilícitos internacionales, individuando así una responsabilidad para el Estado, en lugar que para los individuos

En el caso mexicano, no cabe duda que existan crímenes gravísimos en contra de personas migrantes que transitan o residen en el territorio nacional: sin embargo, considerar que exista responsabilidad penal por altos funcionarios parece demasiado arriesgado, siendo que sería difícil detectar una responsabilidad individual por la implementación de una política pública desde hace más de diez

años, aunado a lo difícil que sería concretar los presupuestos previstos por el artículo 7 del Estatuto de Roma.

Por lo general, sería importante considerar acciones diferentes no dirigidas a la Corte Penal Internacional para poder solucionar el problema mexicano: se puede recurrir tanto a mecanismos nacionales de incidencia, como fomentar la intervención de mecanismos de Naciones Unidas o Interamericano para poder meter suficiente presión hacia la clase gobernante.

En fin, la lógica de esta contribución, como resulta del título, es complementar un texto seguramente interesante e innovador, respondiendo, pero, a la realidad de los hechos, con una mirada desde el trabajo de campo. Sin embargo, la conclusión de Castilla es cuanto nunca acertada:

> "Lo único claro hoy es que hay muchos debates pendientes, aspectos por precisar y un largo camino por recorrer. Pero también, una realidad en la que la comunidad internacional está viendo cómo se pierden vidas humanas, ante lo cual no podemos ser meros espectadores" (Castilla 2018: 44).

Que se haga, pero, a través del derecho o, en su caso, a través de la lucha política: los dos ámbitos, en este momento, no se pueden conyugar, y la Fiscalía de la Corte está enterada de ello.

Bibliografía

Ambos, Kai (2016): "Article 25. Individual criminal responsibility", en *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary,* Triffterer, Otto y Ambos, Kai (ed.), tercera edición, C.H.Beck – Hart – Nomos, Londres, 979 – 1029.

Ambos, Kai (2012): "Crímenes de lesa humanidad y la corte penal internacional", en *Revista General de Derecho Penal,* núm.`17, 1 – 30.

Ambos, Kai (2003): "Some preliminary reflection on the mens rea requirements of the crimes of the ICC statute and of the elements of crimes" en *Man's inhumanity to man. Essays in honour of Antonio Cassese,* Vohrah, Lal Chand *et al.* (ed.), Martin Nijhoff Publishers, La Haya, 11-40.

Ambos, Kai y Wirth, Steffen (2002): "The current law of crimes against humanity: an analysis of UNTAET regulation 15/2000", en *Criminal Law Forum,* núm. 13, 1 – 90.

Amnistía Internacional (2018): *La situación de los derechos humanos en el mundo.* Informe 2017/2018. Disponible en: «https://www.ara.cat/2018/02/21/INFORME_Sencer_AI2017.pdf?hash=a9fbc17f83a80404691d42638d304440a308fca1. » [Consultado el 15 de agosto de 2018].

Asamblea General de las Naciones Unidas (2001). *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.* A/56/83.

Bassiouni, Mahmoud Cherif (1999): *Crimes against humanity in international criminal law,* segunda edición, Martin Nijhoff Publishers, La Haya.

Bassiouni, Mahmoud Cherif (2005): *The legislative history of the ICC: introduction, analysis and integrated text,* Transnational Publishers, New York.

Boas, Gildeon *et al* (2009a): *International criminal law practitioner library. Elements of crimes under international law, v*ol. II, University Press, Cambridge.

Boas, Gildeon *et al* (2009b). *International criminal law practitioner library. Forms of responsibility in international criminal law,* vol. I, University Press, Cambridge.

Cassese, Antonio (2005): *Lineamenti di Diritto Internazionale Penale,* vol. I *Diritto sostanziale*, Il Mulino, Bologna.

Castilla Juarez, Karlos Artemio (2018): "Asesinato de personas migrantes *sine permissum* en tránsito. ¿Un crimen de lesa humanidad competencia de la corte penal internacional?" en *Revista Mexicana de Ciencias Penales* núm. 4, 21-47.

Comité Internacional de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (Uncmw) (2017): *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de México.* Cmw/C/Mex/Co/3.

Consejo Ciudadano del Instituto Nacional de Migración (2017): *Personas en detención migratoria en México.* Disponible en: «https://www.estudiosdemigracion.org/wp-content/uploads/2017/08/CCINM-Informe_Final-Monitoreo.pdf» [Consultado el 13 de agosto de 2018].

Corte Penal Internacional (2013): *Policy paper on preliminary examination.* Disponible en: «https://www.icc-CPI.int/iccdocs/otp/otp-policy_paper_preliminary_examinations_2013-eng.pdf» [Consultado el 15 de agosto de 2018].

Corte Penal Internacional (2002): *Elementos del Crimen.* PCNICC/2000/INF/3/Add.2

Corte Penal Internacional (2009): *Regulations of the Office of the Prosecutor.* ICC-BD/05-01-09.

Cryer, Robert *et al.* (2007): *An Introduction to International Criminal Law and Procedure,* University Press, Cambridge.

Dimitrovska, Milka (2015): "The concept of international responsibility of state in the international public law system" en *Journal of Liberty and International Affairs* núm. 1(2), 8-22.

El Zeidy, Mohamed (2008): "The gravity threshold under the Statute of the International Criminal Court" en *Criminal law forum* núm. 19, 35-57.

Fiscal General de la Corte Penal Internacional (2017): *Statement of ICC Prosecutor to the UNSC on the Situation in Libya.* Disponible en: «https://www.icc-CPI.int/pages/item.aspx?name=170509-otp-stat-lib» [Consultado el 14 de agosto de 2018].

Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria (1997): *Cuestión de los Derechos Humanos de Todas las Personas Sometidas a cualquier Forma de Detención o Prisión.* E/CN.4/1998/44.

Grupo Impulsor contra la Detención Migratoria y la Tortura (2018): *Detención Migratoria y Tortura: del Estado de Excepción al Estado de Derecho.* Disponible en: «http://vocesmesoamericanas.org/wp-content/uploads/2018/06/GIDMT-Documento-Inicial.pdf » [Consultado el 12 de agosto de 2018].

Hall, Christopher Keith y Ambos, Kai (2016): "Article 7. Crimes against humanity", en *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary,* Triffterer, Otto y Ambos, Kai (ed.), Tercera edición, C.H.Beck – Hart – Nomos, Londres, 144-294.

Murphy, Ray (2006): "Gravity issues and the International Criminal Court" en *Criminal law forum* núm. 17(3), 281-315.

Ochi, Megumi (2016): "Gravity threshold before the international criminal court: an overview of the court's practice", en *ICD Brief* **núm.** 19. Disponible en: «http://www.internationalcrimesdatabase.org/upload/documents/20160111T115040-Ochi%20ICD%20Format.pdf» [Consultado el 14 de agosto de 2018].

Piragoff, D. y Robinson, Darril. (2016): "Article 30. Mental element", en *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary,* Triffterer, Otto y Ambos, Kai (ed.), Tercera edición, C.H.Beck – Hart – Nomos, Londres, 1111-1124.

SáCouto, Susana y Cleary, Katherine (2008): "The gravity threshold of the International Criminal Court" en *American Journal of International Law* núm. 23(5), 807-854.

Schabas, William Anthony (2008a): "Crimes against humanity: the state plan or policy element" en *The Theory and Practices of International Criminal Law. Essays in Honor of M. Cherif Bassiouni,* Scharf, Michael y Sadat, Leila (eds.), Martin Nijhoff Publishers, La Haya, 347-364.

Schabas, William Anthony (2008b): "Prosecutorial discretion v. judicial activism at the International Criminal Court" en *Journal of international criminal justice* núm. 6(4), 731-761.

Scheffer, David (2011): "The international criminal court" en *Routledge handbook of international criminal law*, Schabas, William Anthony, Bernaz, Nadia (ed), Routledge, New York, 67 – 84.

Tallgren, Immi (2002): "The sensibility and sense of international criminal law", en *European Journal of International Law,* vol. 13, núm. 3, 561-595.

Triffterer, Otto (2016): "Article 28. Responsibility of commanders and other superiors" en *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary,* Triffterer, Otto y Ambos, Kai (ed.), tercera edición, C.H.Beck – Hart – Nomos, Londres, 1056 – 1106.

Von Habel, H., Robinson, D. (1999): "Crimes within the jurisdiction of the court" en *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute. Issues, negotiations, results,* Lee, Roy (ed.), Martin Nijhoff Publishers, La Haya, 79 – 126.

The protection of social rights in Australia and Canada: national and international enforcement*

La protección de los derechos sociales en Australia y Canadá: aplicación nacional e internacional

Elena Sorda
University of Siena

Summary. I. Introduction. II. Brief analysis of the possible domestic implementations of an international covenant. III. International obligations and national fulfilments. IV. National courts and social rights enforcement. V. Conclusions.

Abstract: This study examines the protection of social rights in Australia and Canada. Starting from the assumption that both States do not consider social rights as fundamental rights (but rather as policies), a problem arise regarding their effective enforcement. This topic is specifically relevant as we consider the international obligation that both Australia and Canada assumed when they subscribed treaties such us the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights.

Resumen: El presente artículo examina la protección de los derechos sociales en Australia y Canadá. Tomando en cuenta el hecho que ambos los Estados no consideran los derechos sociales como derechos fundamentales (sino, mas bien, como políticas), se pone el problema de su efectiva aplicación. Este tema resulta de peculiar interés en cuanto se consideren las obligaciones internacionales que tanto Australia como Canadá asumieron cuando adhirieron a tratados como el Convenio Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Keywords: *social rights, Icescr, international obligations, Australia, Canada.*

* This article was written during Elena Sorda's stay at the TC Beirne School of Law, in the University of Queensland, as Visiting Endeavour Research Fellow. The author is grateful to Nick Aroney, Paul Harper and Matt Watson for their comments on early drafts of this article. She is also grateful to Adrienne Stone and Carlos Bernal Pulido for their guidance and suggestion. All the mistakes are the author's responsibility.

Palabras clave: *derechos sociales, Convenio Desc, obligaciones internacionales, Australia, Canadá.*

I. Introduction

Social rights represent a problematic category within the world of rights. Many are the challenges connected to their guarantee: from the interpretative point of view, for example, there is a huge interest on the criteria that can be used to implement them, such as right's minimum core and proportionality (Bernal-Pulido forthcoming). Moreover, after more than half a century since they were internationally recognised –think of the International Labour Organization (Ilo), founded in 1919, and the Universal Declaration on Human Rights (Undhr)– scholars are still trying to figure if social rights amount to fundamental rights[1].

There are also huge differences in the way states have decided to enforce these rights: some countries included social rights in their Constitution in a pretty extensive way (e.g. Italy, Spain and South Africa), while others preferred to enforce them through general or less developed references (e.g. the Federal Republic of Germany is defined as a democratic and social federal state, and Belgium's Constitution includes only a few social rights), or to protect only a specific subset of them, like s 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms 1982* (the Charter), which guarantees minority language education rights. Finally, some constitutions simply don't include social rights at all (e.g. Australia). Also, some countries consider them as constitutional-fundamental rights (especially in civil law systems), while others (especially in the common law ones), consider them as policies. The main consequence of this second approach is that social rights are not directly justiciable, as their breach does not give rise to a recognized cause of action.

[1] King (2012) makes an interesting reconstruction of the arguments against and in favour of social rights' fundamental nature and also endorses this second conceptualization. On the contrary, among those contrary to human rights fundamental nature there is Allan (2014, among his many other publications).

Still, even if it is uncertain whether social rights are fundamental rights, it is also undeniable that some of them –or at least some of their expression– have a fundamental value, at least to the extent to which they are deeply connected to civil and political rights and even facilitate them. Consider, for example, the connection between the right to work and freedom of assembly (a typical civil right) in the context of the right to form or join a union, or the right to bargain collectively. Basically, this simple example shows two different things. First, it is not correct to affirm that social rights always require public expenditure for their enforcement (as in the case of collective bargaining). Rather, it is more accurate to say that they have a positive as well as a negative dimension, as they require the state to both take some positive action and abstain to intervene depending on the issues at stake.[2] Second, social rights form part of the universality of human rights, as it is also recognized by the UNDHR and the Bill on Human Rights.[3] Most of the states (especially the *western* ones) had endorsed such concept, at least through the subscription and ratification of some important international treaties. ICESCR goes in this direction, as it aims to protect a social rights minimum standard and, at the same time, declares that the states themselves are bound to promote universal respect for human rights and freedoms.[4] However, even if social rights form part of this universal matter, when social rights are not believed to be 'fundamental', and it isn't possible to directly enforce

[2] This is not to mention that civil and political rights can also have both a positive and a negative dimension. Consider, for example, the right to vote, which –to be properly exercised– demands that the state organize proper elections.

[3] The UNDHR was followed by two other treaties, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR). These documents, together with the ICCPR Optional Protocols, form part of the International Bill of Human Rights.

[4] One clear example is given by the ICESCR. Its Preamble states that economic, social and cultural rights derive from "the inherent dignity of the human person", recognizes that –according to the UNDHR (1948) –the "ideal of free human beings … can only be achieved … whereby everyone may enjoy his economic, social and cultural rights, as well as his civil and political rights", and also admits the existence of 'the obligation of states under the Charter of the United Nations to promote universal respect for, and observance of, human

them in a courtroom, their protection depends on government's programmes and decisions.

Australia and Canada undoubtedly represent a very interesting case study, due to both their similarities and differences. If we consider the similarities, it's worth recalling that both countries are members of the Commonwealth of Nations, both have a common law system, both are federal states, and both are parties to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Icescr)[5], but decided not to sign the Icescr Optional protocol.[6] Moreover, they both have a dualist system[7] and decided not to incorporate the Covenant in their domestic system. Another analogy is the fact that neither of them recognizes social rights at a constitutional level (with the exception of s 23 of Canada's Charter, mentioned above), preferring instead to protect and enforce them through policies. At the same time, it is also possible to identify the most relevant difference between these two countries: Australia doesn't have a Bill of Rights, while Canada has a Charter of Rights and Freedoms, entrenched in its Constitution[8].

The aim of this article is to consider these two broadly similar countries to see how Un authorities responded to the shortage of Icescr incorporation, and how Canada and Australia cope –at a

rights and freedoms'. William F. Felice (2010) synthetically recalls the debate that took place when the states parties of the UN had to decide how to enforce and develop the Undhr, especially if it was better to do so through one or two covenants, as well as if the second option would have violated or undermined the human rights universality principle. Such decision was approved in General Assembly Resolution 543 (VI), 5 February 1952.

[5] Australia signed the Icescr in 1972 and ratified it in 1975; while Canada ratified it in 1976.

[6] It establishes a mechanism that let individuals (who have exhausted the domestic remedies) to file complaints in front of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights

[7] There is to say that an international treaty needs to be ratified and incorporated into the domestic system to be directly enforceable inside the state itself.

[8] Two Australian states adopted a bill of rights (namely Victoria and Australian Capital Territory), as well as the province of Quebec did in Canada; however, this article will focus only on the national dimension of social rights in these two countries.

domestic level– with their international obligations. Considering social rights' structural weakness due to the lack of direct justiciability, the behaviour of the two states will be analysed, both from the legislative and the judicial point of view, to see if there is a way to give a stronger recognition to a non-incorporated Covenant and to determine whether the existence of a Bill or Rights (even if it doesn't guarantee social rights) can make any significant difference.

II. Brief analysis of the possible domestic implementations of an international covenant

Before analysing in a deeper way the relationship between the ICESCR and the two countries, let's briefly examine the context and the juridical tools that can be used to implement an international Covenant. As mentioned above, the easiest way to implement international Covenants is to recognize them as directly enforceable within the domestic system. This could be done, in dualist system countries like Australia and Canada, through the incorporation of the covenant. However, as mentioned, neither country embraced this option.

Otto and Wiseman (2001) identify three other options to enforce a treaty. The first is to insert inside the national Constitution most of the rights and freedoms protected by an international covenant. An example of such implementation can be found in the Canadian Charter, which, through its protections of civil and political rights, indirectly enforces also the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR).

The second option is to provide legislative recognition of rights and freedoms. Such mechanism could be enacted using alternatively two tools: one is the introduction of a Bill of Rights, and here we can recall the *New Zealand Bill of Rights Act 1990*; the other is the introduction of some specific statutory law or Act that aims at developing a certain area, such as the *Canada Health Act 1984* or

the Australian *Social Security Act 1991* (Cth) and *Social Security Administration Act 1999* (Cth), just to give a few examples.

The third way implies a kind of weak and not binding recognition of a Covenant through the activity of an *ad hoc* institution. The two authors mentioned specifically the Australian Human Rights Commission (AHRC), which is supposed to receive complaints concerning human rights, which would then be discussed by a (non-judicial) conciliation body and, in certain cases, addressed to the Commonwealth Attorney General. However the ICESCR is not among the international treaties or covenants that have been ratified by Australia and that the AHRC is allowed to apply.

Another authority that we can probably include in this category is the Parliamentary Joint Committee on Human Rights (PJCHR), whose structure, purpose and functions were inspired by the analogous United Kingdom Joint Committee on Human Rights. Established by the *Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011* (Cth) (HR(PS)A), it started its activities in 2012 and its purpose, as established in s 7 of HR(PS)A, is mainly to examine Bills,[9] Acts and other legislative instruments (like policies), as well to inquire into any related matter that is referred by the Attorney General to verify the compatibility of such objects with human rights.[10] Interestingly, PJCHR differs from the AHRC in that it is allowed to use ICESCR and, as shown recently by Campbell and Morris (2015), has often used the Covenant in its analysis. Even if some authors underlined the many positive effects PJCHR could have for the enforcement of human rights (Kinley and Ernst 2012; Dixon 2012), its effectiveness is unclear, as it expresses itself through reports that are not binding upon Parliament, nor on the courts. Some scholars, including Phillips (2015) conclude that the Committee has not yet

[9] When a Bill is submitted to the Parliament, the proponent has to submit as well a Statement of Compatibility to explain if and how the Bill itself respect human rights; such Statement is then analysed by PJCHR.

[10] According to s 3(1) of the HR(PS)A, the human rights are those protected by seven international treaties signed by Australia, including the ICCPR and the ICESCR.

had a major impact on the Australian government. On the one hand, it is true that such a system can promote a better dialogue among institutions and a deeper concern –and knowledge– about human (and social) rights, but on the other hand the reports' lack of enforceability could undermine the *persuasive power* of PJCHR, as the influence of the analysis made by the Committee could be conditioned by political majorities, rather than by the accuracy of the juridical reasoning developed in such documents. Another concern that has been expressed regarding PJCHR's reporting role is connected to the possible influence that such documents could have on the courts, which –according to some scholars– could undermine Parliament's legislative powers and boost judicial activism (Horrigan 2012), or even lead the Committee (and Parliament) to somehow outsource the interpretation of the human rights protected by the covenants to adhere to the one provided by the international bodies (Allan 2010).

From a general perspective, we can argue that neither Canada nor Australia have shown a particular propensity to implement the ICESCR. Mostly, its enforcement relies on policies and specific acts, but none of them seems to be made to fulfil the specific international duties created by the Covenant. In a certain sense, the creation of PJCHR represents an exception, as its aim is to verify the compatibility of certain norms with the ICESCR, but –as we said before– its efficacy is still unclear.

III. International obligations and national fulfilments

Australia and Canada have never incorporated the ICESCR inside their domestic law, but, at the same time –as state parties of an international treaty– they still have the duty to abide by the obligations created by the Covenant and by the UN body made to

supervise ICESCR proper fulfilment: the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR).

It isn't possible to recount here all the rights protected by the Covenant, but –as Otto and Wiseman (2001) observe– the recognition of each of those rights create four types of objectives for the states to achieve: the duty to respect, to protect, to promote and to fulfil. At a more general level each Party "undertakes to take steps […] to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means […]" (Art 2.1). Moreover, according to Art 16 of ICESCR, state parties are supposed to provide reports describing the current national situation and the measures taken to fulfil the Covenant's obligations: the CESCR will analyse such reports and is allowed to ask for more information, which will be included a document called List of Issues. Once the state responds, the CESCR publishes its Concluding Observations (CO), which underlines the positive efforts made by the state party, identify the subjects of concern and includes suggestions and recommendations that the country is supposed to (try to) implemented by the date by which the next report is expected.

The last documents addressing the CESCR Concluding Observations were issued in 2000 and 2009 for Australia and in 1998 and 2006 for Canada, while the next state party's reports were expected in June 2014 (Australia) and June 2010 (Canada)[11].

If we look at CO issued by the CESCR, there are, interestingly, quite a few analogies between Canada and Australia. Even if there are necessarily many differences between Australia and Canada, still many of the objects of concern are similar: the most recurring ones involve lack of protection of Aboriginals (in relation to health, education, violence, discrimination), right to and adequate

[11] Canada issued its Sixth Report on April 2013 (it was published on April 2014), but the CESCR hasn't published its List of Issues to date. Australia hasn't released its report yet either.

standard of life and shelter (especially when related to homelessness and food), right to work (including right to strike, collective bargaining and wage related issues), gender equality and domestic violence, discrimination, health, social security and social assistance policies. Another similarity between Canada and Australia is the decision not to establish an official poverty line: according to the Committee, this represents a problem, as it makes it more difficult both for the state to protect people in need, and for the CESCR to verify the steps taken by the country in that field.

Another analogy between Canada and Australia is that there isn't a significant evolution from the previous CO to the next one (that is to say between the Australia 2000 and 2009 CO, and among the Canada 1998 and 2006 CO), which is a sign of the poor improvement made by both countries in the field of social rights, at least according the point of view of the UN Committee.

The CESCR concludes its CO by making recommendations and suggestions to the state party. Most of the time the Committee only recommends taking *appropriate measures* or to *adopt a national strategy* to solve a certain issue, while on other occasions it asks –more specifically– for a legislative intervention (e.g. Australia 2009 CO, paras 11 and 14), or directly states the kind (and basic content) of the measures that should be taken. Among those last ones, it's interesting to notice that –even if the CESCR doesn't get to explicitly recommend the adoption of a certain economic model– at the same time roused some concerns connected to free-market economic policies, especially considering that they are capable of undermining the protection of social rights. This issue emerges in the concluding paragraph of the article by Otto and Wiseman (2000) on the 2000 CO on Australia, but it can be identified in other concluding observations documents released by the CESCR. For example, in the 2006 Canadian CO (para 68) the Committee mentions the good potential of trade liberalization, but also warns that such liberalization doesn't necessarily produce positive effects for the realization of social, eco-

nomic and cultural rights; for this reason it recommends that the state party considers how it could guarantee the fulfilment of ICESCR in any case. Moreover, in the 1998 CO (para 54) the Committee "recommends that a greater proportion of federal, provincial and territorial budgets be directed specifically to measures to address women's poverty and the poverty of their children". This kind of recommendation is even more specific in the case of Australia. One clear example is made by the 2009 CO where it is stated that:

> "[…] the Committee regrets that in 2008-2009 the state party has devoted only 0.32 percent of its gross national income (GNI) to official development assistance (ODA), whereas the United Nations target for ODA is 0.7 percent of GDP for developed countries.
>
> The Committee recommends that the state party increase its official development assistance to 0.7 percent of its GDP' (para 12)."

The relationship between economic models and social rights is not new and it has been the object of various studies, such as those conducted by Esping-Anderson (1990) and Goodin *et al.* (1999). However, King argues that "recognising social human rights does not commit us to a particular type of welfare state [...]. Neither it should be forgotten that each model may fail in elements of detail" (King 2012: 41).

Considering the COs at a more general level –leaving aside the specific subjects of concern of the CESCR– another similarity emerges: the Committee regrets that the ICESCR hadn't been incorporated within the states' domestic law, and also regrets the lack of comprehensive legislation to give effect to economic, social and cultural rights, as well as the absence of effective enforcement mechanisms for these rights (see for Australia: CO 2000 paras 14 and 24, CO 2009 paras 11; for Canada: CO 1998 paras 15 and 59, CO 2006 paras 11, 13, 35, 40, 42 and 43).

Even if it's true that the lack of incorporation of the ICESCR allows the states to discipline some aspect of social rights through

tools like programmes or policies (whose advantages include greater flexibility, adaptability to the specific needs of a certain area, as well as the ease with which they can be introduced)[12], at the same time it loosens the bond created by the Covenant itself, lowering the pressure on the states parties to live up to their international obligations, especially as courts are not entitled to verify the compatibility of domestic law with the international treaties.

According to some authors (Macklem 2007; Lamarche 2010) this is particularly true for Canada, which –in spite of signing to the ICESCR in 1976– *de facto* has lowered its standards in fields like social security or public assistance. By reading the analysis made by Macklem (2007), it is possible to deduce that during a period of general wealth both the federal government and the Provinces guaranteed a high level protection of social rights (e.g., the right to work, to join a union, to enjoy social security and a good standard of living – including health, food, and shelter). But when an economic crisis approached, the rights once guaranteed were weakened by many reforms. According to Jackman (2006: 73) this evolution appears to have gotten worse after Canada's *Charter of Rights and Freedoms* was adopted in 1982: 'since the coming into force of the Charter's equality guarantees, elected legislatures have become increasingly insensitive to the needs and basic human rights of the most disadvantaged members of Canadian society'.

Focusing on Australia, it would be interesting to know how the CESCR will consider the introduction of PJCHR. In the CO issued in 2009, the Committee expressed its regret over the lack of incorporation of the ICESCR, and it recommend that Australia

> "[…] (b) consider the introduction of a Federal charter of rights that includes recognition and protection of economic, social and cultural rights, as recommended by the Australian Human Rights Commission; (c) establish an effective mechanism to ensure compatibility of domestic law with the Covenant and to guarantee effective

[12] This was one of the objections made in the Government on the 2000 CESCR concluding observation (Otto 2001)

judicial remedies for the protection of economic, social and cultural rights" (para 11).

In the last years, no significant reform on judicial remedies was introduced in Australia for the protection of social rights, but –as mentioned before– the HR(PS)A introduced PJCHR to verify the compatibility of certain legal instruments with human rights, including those protected by the ICESCR. Even if it is true that the Parliament Joint Committee doesn't technically fulfil all the requirement mentioned by the CESCR (first of all because it doesn't really incorporate the Covenant into domestic law, and secondly because PJCHR's reports are not binding), at the same time it represents an important step for a more extensive recognition of the ICESCR and for the diffusion of a deeper commitment to the enforcement of the Covenant.

In conclusion, we can probably argue that the international obligations created by the ICESCR aren't satisfactorily fulfilled by Australia and Canada, as both countries haven't incorporated the Covenant, nor have they created effective mechanisms to challenge the state's fulfilments of its international duties. Also, many of the concerns expressed by the CESCR in its CO haven't been properly addressed by the two countries, as evidenced by the fact that the suggestions and recommendations expressed by the Committee have not varied much over the years. At the same time, however, states parties are not totally immune to the Committee suggestions and they are –maybe slowly– looking for a way to fulfil, at least partially, their international human rights obligations. This seems to be particularly true for Australia and its PJCHR [13], but at the same time the efficacy of this Parliamentary Committee will be clearer in the next few years.

[13] In the 2010 Australia's Human Rights Framework (www.ag.gov.au/Consultations/), which also mentions PJCHR, it is stated the will to engage and accomplish the international human rights obligations (among the others, see p 7 and 10)

IV. National courts and social rights enforcement

In the previous paragraph emerged that in Australia and Canada the protection of economic, social and cultural rights represent a delicate issue that relies mostly on policies and some legislation, as they are non-justiciable rights. This means that the effectiveness of their protection depends on Governments' decisions and objectives, rather than on specific constitutional obligations. On the one hand, this arrangement guarantees that such decisions are taken according to a democratic model, based both on the analysis of the specific local needs, and on the will of the electorate (Campbell and Morris 2015). On the other hand, however, it also means that –to some extent– it is going to be harder to secure certain rights, especially when they aim mainly to protect vulnerable subjects who are not politically strong, so that "social rights lose their legitimacy as rights claims and become no more than competing policy positions advocated by *interest groups* lacking in political power" (Porter and Jackman 2014: 15).

In any case, it is also true that both Canada and Australia are still bound by some international obligations that must be respected. After considering this topic from the legislative and executive point of view, we can now examine how the judiciary behave and if it has identified any interpretative tool to enforce social rights even where the national Constitution doesn't protect them directly.

Both in Australia and Canada exists a general principle according to which if an international law is not incorporated into domestic law, it cannot be used to ground an action, nor it can be directly enforced by the courts, however the judges may use it as a guide to interpret the law.

In Canada there is a principle according to which domestic law is presumed to comply with international law: unless the national norms expressly contradict an international covenant (to which the state is a party) such norms must be interpreted in harmony

with the covenant itself (Scott 1999). In Australia, Kirby J (1999) refers to an analogous principle as part of the *Bangalore Principle*s and specifies that a judge may use international law (as accepted by the community of nations) to fill a gap inside the common law only in case of uncertainty and ambiguity. Such a principle has been applied in various legal cases: in *Mabo and Others vs. Queensland* it was used to reject for the first time the *terra nullius* doctrine, in favour of the doctrine of the Aboriginal title (Kirby 1999). Another example is offered by *Ferdinands vs. Commissioner for Public Employment*, a case that involved the termination of a police officer who was convicted of assault; he challenged the termination of his appointment as, under the *Police Act 1998* (SA), he could not obtain a merits review of his case and he alleged that such denial was against ILO's Termination of Employment Convention (Mapulanga-Hulston and Harpur 2009). However, as underlined by Beck (2013), this interpretative principle hasn't been always welcomed by the High Court's Justices. For example, McHugh J described it as *heretical* (McHugh J in *Al-Kateb vs. Godwin*, 2004: 63). Moreover, when the High Court had to rule on a case connected to the right to work, corporations power and industrial arbitration –namely the *New South Wales vs. Commonwealth*, known as the *Work Choices Case* (Aroney 2008)– the judges made few references to international principles and norms (most of them were made by Kirby J in his dissenting opinion) and none of them considered the obligations derived by ICESCR or ICCPR.

Interestingly, Australia's High Court tried to go a little further, using the *legitimate expectation* principle in a case connected to social rights. It was used in the 1995 case *Minister for Immigration vs. Teoh*, where the plaintiff was denied a residency permit and tried to challenge this decision on the grounds that he was the sole source of support for his Australian born children. In this case, the High Court recognised that while international covenants don't generate rights or freedoms that can be directly exercised by individuals, they do imply that public institutions have obligations to make ad-

ministrative decisions that take into account the existence of those covenants (Roberts 1995, Groves 2010). In other words, the legitimate expectation was something more than a simple interpretative principle for the judges (as it was directed to the administrative authorities), but something less that the direct recognition of the entitlement to rights and freedoms stated by international treaties. This principle was welcomed by the CESCR (which in the 2000 Australian CO stated that "the Committee encourages the state party to follow the High Court's position concerning *legitimate expectations* arising from the ratification of the Covenant" (para 24)), but at the same time it has been strongly opposed and negatived by the Government,[14] as well as by the High Court in *Re Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Ex parte Lam* (or simply the *Lam* case), where the legitimate expectation theory was considered to be ill-founded and "with limited utility in light of the wider evolution of natural justice" (Groves 2010: 331).

The Canadian jurisprudence, on the contrary, seems to be more open to the influence of international treaties, and to the recognition of social rights. Probably the most important case that goes in this direction is the 1998 Supreme Court of Canada decision in *Canadian Egg Marketing Agency vs. Richardson*, whose object was the workers' mobility right to let them relocate among Provinces and Territories. Here the presumption of compliance with international law was not used to interpret a simple statutory law, but rather the Canadian Charter itself. More precisely, s 6 of the Charter was interpreted in the light of a few international treaties, including Art 6.1 of the ICESCR, that protects the right to work (Macklem 2007). Another interesting case concerning the Supreme Court of Canada is *Baker vs. Canada*, similar to the Australian cases of *Teoh* and *Lam*, where a woman illegally resident in the country was ordered deported but filed an appeal due to the fact that she was the

[14] See the joint statement issued by the Minister for Foreign Affairs and the Attorney-General on May 1995, followed few days later (28 June) by the *Administrative Decision (Effect of International Instruments) Bill 1995* (Cth), which was never passed.

single-mother of four Canadian-born dependent children. Here, the presumption of compliance principle was confirmed and –it is maybe possible to say– expanded, like Australia's High Court tried to do in *Teoh*. In fact, the Canadian Supreme Court stated that, when examining the applicant's case, the relevant administrative authority should have considered the statutory law (namely the *Immigration Act 1985*) in the light of the treaties signed (even when not incorporated) by Canada, presuming the domestic law to be in compliance with international human rights law.

The Supreme Court of Canada in the 1999 case *R vs. Ewanchuk* expressly stated that economic and social rights can be enforced via the combined protection of s 7 (right to life, liberty and security of the person) and s 15 (equality right). However, as authors like Caroline Hodes (2006 195) observed, this principle is useful, but it only has a limited efficacy, as the existence of a policy to provide access to services is not able *per se* to guarantee an effective protection of the basic needs (and the fulfilment of international obligations) if there aren't specific legal remedies to challenge such policies. In those cases, we can probably add that the chance of effectively challenging a policy depends largely on the courts' awareness of social rights and international obligations.

Canada has showed a greater awareness –compared to Australia– in addressing social rights from a judicial perspective. Still, it is possible to propose some categorization in the way the Canadian Supreme Court dealt with this topic. First of all, it seems that the Court has been more keen on recognizing social rights when they do not need a consistent public expenditure to be enforced. For example in *Canadian Egg Marketing Agency*, mentioned above, where workers were recognized as having mobility rights to circulate inside Canadian provinces and territories. It is also possible to mention *Dunmore vs. Ontario* (in 2001), through which the Supreme Court recognized certain collective bargaining rights to agricultural workers, or the 2005 case of *Chaoulli vs. Quebec*, related to the right to health, where it was declared that individuals

have the right to buy medical services provided by structures that are not included in their insurance policy.

In contrast, when the Supreme Court of Canada was asked to judge cases involving social rights that need public expenditure to be enforced, it seemed to adopt a narrower approach. Also, if in the past the Court seemed to be more keen on protecting *expensive* social rights, we can observe that in more recent times it adopted a new, more restrictive approach. In the field of social security, we can mention *Irwin Toy Ltd vs. Quebec*[15], where the Supreme Court in 1989 stated on the one hand that the right to security protected by s 7 applies only to individuals and not to corporations, and –on the other hand– that it would have been precipitous to deny that individuals' security needs include rights with an economic component. In other words, the Supreme Court here didn't state which social-economic rights were protected by the Charter, but it left the door open to future clarifications and inclusions. However, a few years later, in 2002, the same Court in *Gosselin vs. Quebec* decided to interpret s 7 with a narrow approach when a woman complained for the huge distress (including social isolation, cold, threats of violence, harassment, hunger) she suffered because she could only receive a reduced provincial welfare rate due to the fact she was under 30 years-old. Here the Supreme Court stated that the "right to security of the person does not include a right to a minimum level of social security" (Macklem 2007: 237). The differential welfare rates based on age were not found to be discriminatory under s 15 of the Charter. More importantly, in *Gosselin* the Canadian Supreme Court had the chance to clarify the matter left open in *Irwin Toy*, that is to say to address the issue of the protection of social rights –as guaranteed by ICESCR– under s 7 of the Charter, but it avoided directly answering this question (Porter and Jackman 2014).

[15] This case scrutinized advertising for kids under 13 and the main issue addressed was freedom of expression. Still, in its par VIII important statements on social rights were made.

Another example, this time connected to the right to health, is the case of *Eldridge vs. British Columbia*: in 1997 the Supreme Court of Canada ruled in favour of a hearing-impaired woman who complained about lacking access to a sign language interpreter while giving birth in a hospital, and therefore being unable to understand the instructions that the medical staff was giving her. According to the judges, it was the hospital's duty to provide the patient with such a service, as it was included in those components of the right to health protected by s 7 of the Charter (right to security of the person). By contrast, seven years later, in *Auton vs. British Columbia* the Court stated that the right to health protected by s 7 didn't include the supply of public therapies for children with autism.

In other words, keeping in mind that social rights can't be defined only as those rights that create a positive obligation (and the need for public expenditure) on the part of the state, the Supreme Court of Canada seems to be open to guaranteeing the negative dimension of social rights, while it has adopted an increasingly narrower approach when it was asked to protect the positive dimension of the same rights.

Interestingly, not all the judgments mentioned above relate to international human rights law. Further, it is possible to find a reference to ICESCR in only two of them (namely, *Canadian Egg Marketing Agency* and *Gosselin*), which seems to show a Canadian awareness of social issues, even when adopting a perspective not necessarily connected to the state's international obligations. Moreover, the CESCR encouraged Canadian courts to adopt an interpretative approach more keen on social rights: in the 1998 CO, the Committee expressed concern at the fact that provincial courts usually preferred to interpret the Charter without taking ICESCR into account (paras 14 and 15); it also recommended the state party to provide all judges with a copy of the Committee's concluding observations and "to encourage training for judges on Canada's

obligations under the Covenant" (para 57). In the 2006 Co, the Committee stated that: "[…] within the limits of the appropriate exercise of their functions of judicial review, courts should take account of Covenant rights where this is necessary to ensure that the state party's conduct is consistent with its obligations under the Covenant" (para 36).

In saying so, the Committee also explicitly mentions the case *Chaoulli vs. Quebec*, mentioned above. An analogous exhortation cannot be found in the Australian 2000 and 2009 Co, as the Committee addressed the courts interpretative activity only once, in 2000, when it encouraged the state party to follow the 'legitimate expectations' principle (para 24). We can argue that one of the reasons that could justify the Committee's decision not to include any recommendation to address the Australian courts' interpretative habits could be the higher chance that Canadian –rather than Australian– courts will end up adopting ICESCR as an interpretative tool, especially as they can use it (and, indeed, have used it) to interpret a document –the Charter– which is entrenched in the national Constitution, while the same method of judicial reasoning could not be used in Australia.

V. Conclusions

There are many similarities between the Australian and Canadian approaches to protecting social rights. This is evident not only from the lack of incorporation of the ICESCR, but also from the content of the CESCR's Co, which –in the last two documents issued for each country– identified analogous concerns and similar inadequacies in resolving them. The main issue is to understand how these states react to the non-fulfilment of their international obligations related to social rights, focusing on their attempt to find a way, alternative to the incorporation of the Covenant. In fact, given that non-justiciable social rights are structurally weak,

it is difficult both to control governments compliance to ICESCR obligations, and to count on courts' rulings.

Clearly the existence of a constitutional charter of rights and freedoms in Canada potentially facilitates the adoption of ICESCE through the courts' interpretation activity. By contrast, it is much more difficult to reach a similar result in Australia, where there is a narrower margin for judges to employ analogous interpretative tools. They cannot, for example, count on constitutional provisions that guarantee the right to security, as s 7 of the Canadian Charter does. Nonetheless, the fact that it would be theoretically possible to circumvent (some of) the limits imposed by the lack of incorporation of the Covenant, doesn't necessarily mean that Canadian courts have pursued this objective efficaciously to guarantee better protection of social rights: on the contrary, the Supreme Court adopted a very cautious and even conservative approach in this field, especially when the positive dimension of social rights was at stake. On the one hand, it admitted that at least some social rights are protected by the Charter (*Irwin Toy* case) and it has been favourable on protecting some social rights that didn't need public expenditure to be guaranteed. On the other hand, it adopted a progressively restrictive approach when it came to rule on 'expensive' social rights, essentially following the neo-liberal economical trend implemented by Canada in recent years (Porter and Jackman 2014). More importantly, the Canadian Supreme Court simply avoided answering the main question that lies behind the guarantee of social rights: if it is true that at least some social rights are protected by ss 7 and 15 of the Charter, do governments have a constitutional duty to enforce the positive dimension of these rights, especially when the needs of the most vulnerable are at stake (Jackman and Porter 2008)? This question could have been addressed both in *Irwin Toy* and *Gosselin*, but the Supreme Court both times found a way to avoid taking a stand on this issue.

In the Australian context, there are fewer means of enforcing ICESCR's rights in the domestic system through judicial interpretation. However, Australia recently showed a deeper concern for the fulfilment of its international human rights obligations: even though it hasn't incorporated the ICESCR yet, it introduced PJCHR, which can use the ICESCR, as well as other international covenants, to determine whether certain legislative instruments are consistent with human rights standards. Surely this Committee has some feebleness, including the fact that PJCHR's opinions are not binding, and that its efficacy and its persuasiveness on Parliament legislative activity or courts are still unclear. At the same time PJCHR seems to be an interesting way to find a compromise between, on the one hand, Australia's international obligation regarding social rights and ICESCR, and, on the over hand, the country's will to avoid incorporating the Covenant and to keep a greater legislative autonomy.

In any case, it also seems clear that the effective protection of social rights requires Canada and Australia –like any other state party to the ICESCR– to embrace an economic model where investments related to education, health, adequate standards of living, and the right to shelter constitute a significant percentage of public expenses, and thereby contribute to seeking real and effective social justice. This also seems to be the advice of CESCR, who abstain from advising the states to adopt a specific economic model, but who have been unable to avoid making recommendations more or less explicitly related to the need to invest more in certain areas.

References

Allan, James (2010): "Report of the Senate Legal and Constitutional Affairs Legislation Committee on Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Bill 2010 (final)". Available on: parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/display/display.w3p;query=Id:committees%2Fcommbill%2F13381%2F0000 [Consulted on November 15 2015].

Allan, James (2014): "The idea of human rights", in *Bond Law Review,* vol. 25, núm. 1, 1-14.

Aroney, Nicholas (2008): "Constitutional choices in the *Work Choices Case*, or What *exactly* is wrong with the reserved powers doctrine?", in *Melbourne University Law Review*, vol. 32, núm. 1, 1-43

Beck, Luke (2013): "What is Kirby's interpretative principle really about?", in *Australian Law Journal*, vol. 87, núm. 3, 200-209.

Bernal-Pulido, Carlos (2017): "The constitutional adjudication of positive social and economic social rights by means of the proportionality analysis", in *Essays in honour to Robert Alexy*, Borowski, M. *et al* (eds), Mohr Siebeck, Tubingen.

Campbell, Tom and Morris, Stephen (2015): "Human rights do democracies: a provisional assessment of the Australian Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011", in *University of Queensland Law Journal*, vol. 34, núm. 1, 7-27.

Commonwealth of Australia (2010): *Australia's Human Rights Framework*, Available on: www.ag.gov.au/Consultations/Documents/Publicsubmissionsonthedraftbaselinestudy/AustraliasHumanRightsFramework.pdf [Consulted on December 10 2015].

Esping-Anderson, Gosta (1990): *The Three Worlds of Welfare Capitalism,* Polity Press, Cambridge.

Dixon, Rosalind (2012): "A new inter(national) human rights experiment for Australia", in *Public Law Review,* vol. 23, núm . 2, 75-80.

Gareth Evans and Michael Lavarch (1995): *Joint Statement by the Minister of Foreign Affairs, and the Attorney-General*. Available on: foreignminister.gov.au/releases/1995/m44.html [Consulted on December 3 2015].

Goodin, Robert E. *et al* (1999): *The Real Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge University Press, Cambridge.

Groves, Matthew (2010): "Treaties and legitimate expectations – The rise and fall of Teoh in Australia", in *Judicial Review*, vol. 15, núm. 4, 323-336.

Felice, William F. (2010): "Economic and Social Rights", in *The International Studies Encyclopedia,* Denemark Robert A., Marlin-Bennett Renee, Blackwell Publishing, London.

Hodes, Caroline (2006): "Recognizing economic, social and cultural rights in Canada", in *Canadian Woman Studies/ Les Chaiers de la Famme,* vol. 25, núm. 1- 2, 195-201.

Horrigan, Bryan (2012): "Commonalities, intersections, and challenges for the scrutiny and interpretation of legislation in trans-Tasman jurisdiction and beyond" in *Australian Parliamentary Review*, vol. 27, núm. 2, 4-28.

Jackman, Martha (2006): "Canadian Charter Equality at 20: Reflections of a Card-Carrying member of the Court Party", in *Options Politiques,* December 2005-January 2006, 72-77.

Jackman, Martha and Porter, Bruce (2008): "Socio-economic rights under the Canadian Charter", in M Langford (ed) *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law* Cambridge University Press, New York, 209-229.

King, Jeff (2012): *Judging Social Rights*, Cambridge University Press, United Kingdom.

Kinley, David and Ernst, Christine (2012): "Exile on Main Street: Australia's legislative agenda for human rights", in European Human Rights Law Review, núm. 1, 58-70.

Kirby, Michael (1999): "Domestic implementation of international human rights norms" in *Australian Journal of Human Rights,* vol. 5, núm. 2, 109-125.

Macklem, Patrick (2007): "Social rights in Canada", in Barak-Erez D and Gross A M (eds) *Exploring Social Rights: between Theory and Practice*, Hart Publishing, Oxford, 213-242.

Mapulanga-Hulston, Jackie K. and Harpur, Paul D. (2009): "Examining Australia's compliance to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: problems and potential" in *Asia-Pacific Journal of Human Rights and the Law,* vol. 10, núm. 1, 48-66.

Lamarche, Lucie (2010): "Economic and social rights in an era of governance arrangements in Canada: the need to re-visit the issue of the implementation of international human rights", in *Is Our House in Order? Canada's Implementation of International Law*, Carmody, Chios (ed.), McGill-Queen's University Press, Montreal, 115-139.

Otto, Dianne (2001): "From "reluctance" to "exceptionalism": the Australian approach to domestic implementation of human rights", in *Alternative Law Journal,* vol. 26, núm. 5, 219-222.

Otto, Dianne and Wiseman, David (2001): "In search of "effective remedies": applying the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights to Australia", in *Australian Journal of Human Rights* vol. 7, núm. 1, 5-46.

Phillips, William (2015): "Great expectations, hard times: Reflection on the Parliamentary Join Committee on Human Rights", *Bulletin (Law society of South Australia),* vol. 37, núm. 4, 28-29.

Porter, Bruce and Jackman, Martha (2014): "Introduction: Advancing social rights in Canada" in *Advancing Social Rights in Canada*, Jackman, Martha, Porter Bruce, Irwin Law, Australia, 1-32.

Roberts, Susan (1995): "Teoh v Minister For Immigration: the High Court Decision and the Government's Reaction to it", in *Australian Journal of Human Rights,* vol. 2, núm. 1, 135-146.

Sachs, Jeffrey (2011): *The Price of Civilization. Reawakening American Virtue and Prosperity,* Random House, New York.

Scott, Craig (1999): "Canada's international human rights obligations and disadvantaged members of society: Finally into the spotlight?", in *Forum Constitutionnel,* vol. 10, núm. 4, 97-111.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

La sección a continuación contiene los razonamientos generados a partir del análisis y discusión de sentencias en el ámbito nacional, internacional y comparado de diversos tribunales constitucionales regionales y nacionales alrededor del mundo, principalmente de aquellas que contienen criterios jurisprudenciales relevantes, novedosos o de cualquier forma destacados por su significado jurídico.

Para esta ocasión, y en virtud de tratarse de la primera edición de esta publicación, los textos ahora publicados fueron elaborados por los miembros del Centro de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Academia IDH bajo encargo de los editores de la revista, en relación a criterios relevantes en materia de los derechos estudiados por dicho centro especializado.

Un apátrida en la Corte Africana: comentario a la sentencia *Anudo Ochieng vs. República Unida de Tanzania* [2018]

Óscar Flores Torres
Academia IDH

Sumario: I. Hechos. II. Contexto histórico relevante a la sentencia. III. La revolucionaria sentencia de la Corte Africana. 1. El sistema africano de protección a los Derechos Humanos. 2. El Derecho a la nacionalidad bajo el derecho internacional consuetudinario. IV. Comentario final.

I. Hechos

En este comentario se analiza la resolución de la Corte Africana de Derechos Humanos y del Pueblo (en adelante Corte ADHP) dictada en contra del Estado de Tanzania bajo el caso Anudo Ochieng vs. República Unida de Tanzania (Corte ADHP, 19 abril 2018). Los hechos que suscitaron el caso ante la Corte Africana se refieren a la temática de los apátridas. Sin duda, un tema relevante visto a través del fenómeno de la movilidad humana a nivel internacional y, especial de actualidad en la región.

El demandante, de nombre Anudo Ochieng, expresó que fue expulsado del lugar de su nacimiento, denominado la República de Tanzania, la cual es ubicada en el continente africano. En su versión dada en el año de 2012 comenta que las autoridades de la policía distrital de Babadi, lo expulsaron de ese país a donde regresó para iniciar su proceso de matrimonio.

En este acontecimiento, la policía le retiró su pasaporte, fue arrestado, golpeado y deportado a la República de Kenya, lugar del que fue igualmente deportado de vuelta a la República de Tanzania. La parte demandante solicitó saber el motivo de la detención de su pasaporte y tras realizarse una investigación por parte del Ministro de Asuntos Interiores e Inmigración de Tanzania, determinaron que no era ciudadano de ese país y que su pasaporte era falso. Al no tener pasaporte ni poder comprobar su nacionalidad fue obligado

a permanecer en Sirari, la frontera entre Tanzania y Kenya. Su caso fue llevado al Tribunal Africano de Derechos Humanos como se expondrá a continuación.

II. Contexto histórico relevante a la sentencia

Para conocer mejor la situación por la que atravesó todo este proceso, es necesario, exponer el contexto histórico en el cual se conformaron estos países africanos tras su descolonización. Lo que actualmente es Tanzania, es un territorio que muestra una de las poblaciones más antiguas del ser humano. Estos grupos humanos ocupaban ya desde el año 1,000 antes de Cristo, estas tierras.

En el año 1.000 A.C. los pueblos caucásicos que llegaron del sur de Etiopía se instalaron en Tanzania. Ya en los primeros años de nuestra era algunas tribus de habla bantú, que fabricaban objetos de hierro, llegaron desde África Occidental y se quedaron en este territorio, coincidiendo con el inicio del comercio con Arabia, la costa del este de África y la India. Siglos después, en el siglo IX, hay presencia de sultanatos en esta región, con lo que podemos detectar influencia árabe. Con la llegada de los europeos, particularmente, con la presencia portuguesa a través de los viajes de Vasco da Gama en 1498. Esta región será por varios años protectorado de Portugal.

Sin embargo, a partir del siglo XVIII, tras el declive de Portugal como potencia marítima y militar, los árabes regresan a controlar esta parte de África por algún tiempo. Será en el año de 1885 cuando este territorio se incorpora al imperio alemán, bajo el nombre de África Oriental Alemana. Tras la finalización de la Gran Guerra Europea, la Tanzania continental, es desposeída a los alemanes y pasa a ser protectorado británico, bajo el patronato de la Organización de las Naciones Unidas.

Será en el año de 1961, tras las dos guerras mundiales que presenció el siglo XX, cuando esta región obtenga finalmente su independencia de la presencia y administración europea. En efecto será en este año, cuando bajo el nombre de Tanganica obtenga su

independencia y además forme parte este territorio africano, de pleno derecho de la ONU y de la Commonwealth.

Años después en el mes de abril de 1964, este país se vuelve a reconfigurar al unirse el territorio de Zanzíbar, por lo que el nuevo territorio adquiere el nombre de la República Unida de Tanzania. En 1968, se restablecen las relaciones la Gran Bretaña y el *suajili* se convierte en el idioma oficial. En occidente se conoce a este país como Tanzania.

La relevancia del caso *Anudo* para el continente africano es evidente, ya que África tiene un número significativo de personas apátridas dentro de sus fronteras. Si bien es posible que por las regulaciones nacionales no tengan un derecho a la nacionalidad en sí, este caso puede ayudar a evitar que las personas con un estatus de nacionalidad precaria se conviertan en apátridas a través de una conducta estatal arbitraria.

Este simple gesto de justicia de la Corte Africana puede contribuir en gran medida que prevenir las situaciones de apatridia entre las naciones pertenecientes al continente africano y a otras. El derecho a la nacionalidad, recordemos es fuente necesaria para el ejercicio de otros derechos, de ahí la relevancia del caso, el señor Anudo pasó a tener y poder ejercer sus "derechos".

III. La Revolucionaria sentencia de la Corte Africana

1. El sistema africano de protección de los derechos humanos

La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos fue aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Unidad Africana, la cual se reunió en la ciudad de Nairobi, Kenia. La fecha de entrada en vigor de esta fue el 21 de octubre de 1986. La Carta refleja, sin duda, los valores y las necesidades específicas de los pueblos africanos a partir de estándares "universales" pero exaltando las diferencias del sistema (Saavedra 2008).

Junto con la Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos como la Comisión Africana constituyen los dos órganos encargados de aplicar e interpretar la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos. La Corte tiene su sede en Tanzania y se crea por medio del Protocolo a la Carta ADHP adoptado en 1998, pero en vigor hasta 2004. Sin embargo, la Corte entró en funciones hasta 2006 con el nombramiento de los 11 jueces que la integran. Por problemas financieros, las primeras sesiones tardaron otros tres años, por lo que se trata sin duda, de un joven Tribunal en la región, que aunque con similitudes a los otros tribunales regionales de protección de derechos humanos, guarda particularidades propias de su contexto histórico, cultural y político. Ejemplo de ello son: un catálogo conjunto de derechos civiles y políticos así como derechos económicos, sociales y culturales; dispone tanto derechos como deberes para las personas; introduce sujetos individuales y colectivos.

Conforme a la Carta, solo la Comisión ADHP, los Estados parte y las organizaciones no gubernamentales autorizadas como observadoras por la Comisión, tienen derecho a someter un asunto ante la Corte africana (Protocolo, artículo 5).

Así, una vez cumplidos los requisitos y el procedimiento ante la Comisión, durante la 48 sesión ordinaria de la Corte ADHP, emitió la decisión de forma unánime, sentencia que da la razón al demandante Anudo Ochiek. En efecto, la Corte Africana reconoció el derecho a la nacionalidad bajo el derecho internacional consuetudinario mediante la aplicación de tratados internacionales, incluso algunos no firmados por el país demandado, de ahí la trascendencia y relevancia de la sentencia que se comenta.

2. El derecho a la nacionalidad bajo el derecho internacional consuetudinario

La solicitud presentada por el Sr. Anudo Ochieng Anudo contra Tanzania se basa en la reclamación de la violación a su derecho a la nacionalidad en virtud de la Declaración Universal de los Derechos

Humanos (Onu 1948) por el Estado de Tanzania, como se expuso en los hechos, derivados de la actuación de la policía de Tanzania cuando procesaba los trámites para casarse en matrimonio civil.

La policía retuvo su pasaporte argumentando dudas sobre su nacionalidad tanzana. Pero no solo eso, sino que le fue retirada su nacionalidad y deportado a Kenia, que también lo expulsa a Tanzania, provocando una estancia sin nacionalidad entre la frontera de Tanzania y Kenia.

Ante estos hechos, la Corte Africana consideró que si hubo una violación del derecho a la nacionalidad, en virtud de los acuerdos internacionales que unen a Tanzania.

Si bien admitió la Corte africana que el derecho a la nacionalidad no estaba contenido en la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos o en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Tanzania estaba obligada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que está "reconocida como parte de la costumbre internacional".

En este sentido, la decisión de la Corte africana puede tener implicaciones importantes debido a que las disposiciones impugnadas por el demandante forman parte del derecho internacional consuetudinario, pues la Declaración Universal fue adoptada como una resolución no vinculante para la Asamblea General de la ONU y, si se toma en cuenta que los estados africanos fueron ausentes en la adopción de tal Declaración, la decisión de tomarla como derecho vinculante fue criticada duramente desde la academia.

Sin embargo, es relevante notar que la Corte Afdhp reconoce, en virtud del artículo 15 de la Declaración Universal el derecho a la nacionalidad, cuando también es de notar que Tanzania no ha ratificado la Convención de las naciones Unidas sobre el Estatuto de los Apátridas (1954), considerado como el instrumento más importante en la materia a nivel internacional.

El citado artículo 15 de la Declaración Universal prescribe:

> "1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
>
> 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad."

Como lo señaló la Corte Africana en el caso Anudo, "en el derecho internacional, se reconoce que la concesión de la nacionalidad está dentro del ámbito de la soberanía de los Estados y, en consecuencia, cada Estado determina las condiciones para la atribución de la nacionalidad".

La Corte Africana analiza en la sentencia si la decisión de privar a una persona de su nacionalidad se ha ejercido de acuerdo con las normas internacionales, y señala que las condiciones para la pérdida de la nacionalidad son:

a) deben basarse en una base legal clara;

b) debe cumplir un propósito legítimo que se ajuste al derecho internacional;

c) debe ser proporcional al interés protegido, y

d) debe instalar garantías procesales que deben respetarse, permitiendo que el interesado se defienda ante un organismo independiente.

De acuerdo con estos criterios el Tribunal determinó que Tanzania no cumplió con sus obligaciones de derecho internacional, especialmente porque no estableció de hecho si el Sr. Anudo era o no un ciudadano de Tanzania al realizar una prueba de ADN, que había solicitado y además omitió que el señor Anudo había recibido apoyo de los miembros de su aldea y de líderes comunitarios, convirtiendo la decisión de privarle de la nacionalidad y expulsarlo como arbitraria y contraria al artículo 15 (2) de la Declaración Universal (Ndjodi Ndeunyema, 2018).

IV. Comentario final

Sin duda, esta resolución a favor del demandante es un hecho histórico en la labor que realiza la Corte Africana, en la que destaca la influencia del derecho internacional consuetudinario que conforma la defensa de los derechos humanos, sin que a la fecha, la Corte africana haya elaborado jurisprudencia en esta materia, debido a que su competencia es solamente la aplicación de la Carta Africana y de su Protocolo.

Sin duda, la influencia del derecho internacional y el deseo de los jueces de proteger el derecho a la nacionalidad y la apatridia en un continente que muestra cada vez más su integración con el resto del mundo, a pesar de las marcadas diferencias de su sistema jurídico en ciernes.

Bibliografía

Ndjodi Ndeunyema (2018): "Anudo v Tanzania: El Tribunal Africano reconoce el derecho a la nacionalidad bajo el derecho internacional consuetudinario" en *Oxford Human Rights Hub Blog*, 19 de abril de 2018, Reino Unido. Disponible en: http://ohrh.law.ox.ac.uk/anudo-v-tanzania-the-african-court-recognises-the-right-to-nationality-under-customary-international-law [Consultado el 9 de noviembre de 2018].

Saavedra Álvarez, Yuria. (2008). "El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos" en *Anuario mexicano de derecho internacional*, núm. 8, 671-712. Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542008000100020&lng=es&tlng=es [Consultado el 11 de noviembre de 2018].

Los derechos de la mujer en el matrimonio y la herencia en Malí: comentario a la *sentencia 046/2016* de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

Lillian Sánchez Calderoni
Academia Idh

Sumario: I. Vista previa del caso. 1. Las partes. 2. El contexto y los hechos. 3. Las acusaciones y su admisibilidad. II. Los debates jurídicos planteados. 1. Cuestiones dadas en la figura del matrimonio. a. Edad mínima para contraer nupcias. b. Consentimiento libre, llano y previo. 2. Cuestiones en materia de derecho sucesorio. a. Mujeres y sus derechos hereditarios. b. Niños nacidos fuera del matrimonio. 3. Cuestiones derivadas de las prácticas religiosas y culturales. III. Comentarios y reflexiones. Bibliografía.

I. Vista previa del caso

Una de las situaciones más graves en África y, particularmente en la República de Malí, es la relacionada con la garantía y protección de los derechos del menor y de la mujer. El proceso de lucha por el reconocimiento de los mismos perdura hasta el día de hoy, pese a que este país ha adoptado normas internacionales de derechos humanos desde la segunda mitad del siglo pasado[1], mismas que consagran estándares y principios jurídicos para ambos grupos.

[1] La República de Malí es parte firmante de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Cadhp) desde el 21 de octubre de 1986; del Protocolo Adicional a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Pacadhp) desde el 25 de enero de 2004; del Protocolo a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos en materia de Derechos de la Mujer en África (Protocolo de Maputo) desde el 25 de noviembre de 2005; de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (Cadbn) desde el 29 de noviembre de 1999 y; de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cetfdm) desde el 10 de septiembre de 1985.

Prueba de la lucha por buscar una protección más efectiva es la sentencia núm. 046/2016 dictada por la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Corte ADHP) el 11 de mayo de 2018[2]. En las siguientes líneas me ocuparé de su estudio y análisis tanto de los hechos como de la resolución, con el fin de plantear a manera de comentarios, los principales debates jurídicos que suscita.

1. *Las partes*

El proceso fue iniciado por dos organizaciones no gubernamentales que cuentan con la categoría de *Observer Status* ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Comisión ADHP)[3]. La primera es la *Association for the Advancement and Defence of Malian Women's Rights*, la segunda es pan-africana y con sede en Banjul, Gambia, *Institute for Human Rights and Development in Africa*. La República de Malí es el Estado demandado.

2. *El contexto y los hechos*

En 1998, el gobierno Malí lanzó una operación para codificar los derechos de los individuos y de la familia, de manera que fueran armonizados conforme al derecho internacional de los derechos humanos. Dicho proyecto fue sometido a consulta popular, integró aportaciones de expertos y se elaboró el borrador de Ley núm. 2011-087, que fue adoptado por la Asamblea Nacional en agosto de 2009. Sin embargo, aunque organizaciones pro-derechos humanos y un sector de la población dieron su aceptación al documento, no pudo ser promulgado dado que surgieron movimientos de protesta por parte de organizaciones islámicas.

[2] El expediente del caso que utilicé para el presente análisis es el de idioma francés, por lo que las citas a lo largo de este comentario jurisprudencial son de dicho documento, que pueden variar respecto de sus versiones traducidas.

[3] Cabe recordar que esta categoría se refiere a un reconocimiento oficial que permite a organizaciones de la sociedad civil participar en actividades de la Comisión ADHP (como, por ejemplo, tener voz en las sesiones de ésta, ver documentos no confidenciales que involucren temas que sean de su interés, entre otras). Este nombramiento les brinda acceso para la Corte ADHP, incluso para llevar casos ante ésta. Simbólicamente, que una organización tenga el *Observer Status* le da visibilidad y legitimidad ante la comunidad *(International Justice Resource Center* 2018).

De este modo, se dio una segunda revisión a la iniciativa y, finalmente, una nueva versión del Código de Personas y Familia fue publicada el 30 de diciembre de 2011 por el Jefe de Estado. No obstante, las demandantes acusan a dicha ley de contener preceptos considerados violatorios de disposiciones de instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado demandado enumerados en la primera nota a pie de página del presente texto.

3. *Las acusaciones y su admisibilidad*

Las cuestiones que la Asociación para el Progreso y Defensa de los Derechos de las Mujeres Malíes y el Instituto para los Derechos Humanos y el Desarrollo en África alegaron como transgredidas son los siguientes:

1) La relativa a la edad mínima de las niñas para contraer matrimonio (artículo 6(b) del Protocolo de Maputo y artículos 1(3), 2 y 21 de la Cadbn).

2) El derecho de consentimiento previo para contraer matrimonio (artículo 6(a) del Protocolo de Maputo y artículo 16(a) y (b) de la Cetfdm.

3) El derecho hereditario o sucesorio (artículo 21(2) del Protocolo de Maputo y artículos 3 y 4 de la Cadbn).

4) La obligación de eliminar prácticas tradicionales y conductas que sean dañinas o contrarias a los derechos de las mujeres y de niños y niñas (artículos 2(2) del Protocolo de Maputo, artículo 5(a) de la Cetfdm y artículo 1(3) de la Cadbn).

Aunque el Estado interpuso dos excepciones ante la Corte Adhp (una por no haber agotado los recursos o instancias internas y otra por haberse excedido de un plazo razonable para acusar la ley que había sido publicada desde el año 2011), ambas fueron desechadas. La primera, porque la Constitución de Malí no reconoce que las organizaciones no gubernamentales en materia de derechos hu-

manos estén facultadas o legitimadas para llevar a la Corte Constitucional asuntos sobre inconstitucionalidad de las leyes, por lo que no se deriva que la parte demandante haya tenido que agotar recurso alguno.

En cuanto a la segunda, la Corte determina que es imprescindible tomar en cuenta dos factores en el caso concreto: 1) el tiempo necesario para analizar adecuadamente la compatibilidad de la norma respecto de los instrumentos internacionales de derechos humanos correspondientes y firmados por el Estado; y, 2) el período excepcional de crisis social, en la que los movimientos de protesta de las fuerzas religiosas mantuvieron un ambiente de ausencia de paz, vida armoniosa y cohesión de la sociedad.

II. Los debates jurídicos planteados

La búsqueda por garantizar equidad en el acceso y goce de los derechos para mujeres, así como para niños, niñas y adolescentes es de pertinencia social, jurídica, política, incluso económica, sobre todo en sociedades y culturas como las de África, donde las prácticas y costumbres de subordinación y estratificación (con base en el género y la edad) tienen fundamento en miles de años de religión y usos que han sido elevadas a rango de ley y que no compatibilizan con los estándares prescritos en los instrumentos internacionales.

La trascendencia del fallo que se comenta es precisamente esta búsqueda por la igualdad en el acceso a los derechos de las mujeres, por lo que a continuación se exponen los puntos de la sentencia que formaron parte del debate interpretativo de la Corte africana.

1. *Cuestiones dadas en la figura del matrimonio*

Las dos primeras violaciones que alegan las instituciones demandantes se refieren a las diferencias o las contradicciones entre el derecho internacional y el Código de Personas y Familia de diciembre de 2011, en cuanto a los requisitos que éste último ordenamiento dicta para contraer matrimonio. Como ya señalé, una de las discrepancias es sobre la edad mínima para casarse;

mientras la segunda es sobre el derecho a consentir (a manifestar la voluntad de manera libre, total y previa a) es decir, la aceptación de la unión marital.

a. Edad mínima para contraer nupcias

El artículo 281 del Código de Personas y Familia de Malí permite el matrimonio de niñas a partir de los 16 años (en niños, de los 18), pudiendo reducirse a 15 años previo consentimiento del padre, pero sin ser necesario el consentimiento de las menores de edad. El Estado demandado argumentó que la legislación no fue hecha para contravenir los estándares internacionales, sino para adecuarse a las realidades sociales que se llevan a cabo en su interior y señaló que las edades de 15 y 16 años son suficientes para que una niña pueda contraer matrimonio, pues ya cuenta con madurez física y psicológica para ello.

Para los demandantes, como para la Corte Adhp, estas disposiciones violentan el Protocolo de Maputo, que establece como edad mínima para casarse los18 años, tanto para mujeres como para hombres. La Corte advierte, además, que trasgrede la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, pues dicta que cualquier práctica contraria a los derechos de los menores de 18 años debe ser disuadida, obligando a los Estados parte a eliminar y combatir usos, tradiciones, costumbres religiosas y/o culturales que atenten contra la dignidad, el bienestar y el crecimiento y desarrollo normal de las y los menores de edad.

Por lo anterior, el Tribunal Africano indicó que la República de Malí es responsable de dichas violaciones por promulgar y conservar normativa contraria a la internacional (Corte Adhp, *Apdf & Ihrda vs. República de Malí*, 11 mayo 2018: párr. 78). Y ordenó que se reformara el Código Familiar para ser adecuado a las disposiciones internacionales correspondientes, además de implementar las medidas necesarias para educar y difundir el respeto a los derechos contenidos en la Carta Adhp (Corte Adhp, *Apdf & Ihrda vs. República de Malí:* párrs. 130 y 131).

b. Consentimiento libre, llano y previo

El Protocolo de Maputo, en su artículo 6 inciso a), también dicta que la voluntad libre y total de ambas partes para la unión marital debe estar protegida por ley. La Cetfdm advierte que corresponde a las mujeres "[e]l mismo derecho para contraer matrimonio" y "[e]l mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento" (artículo 16 incisos a) y b)).

La problemática que se presentó en el caso concreto, con el Código Familiar, es que en el artículo 300 faculta tanto a oficiales del registro civil como a ministros religiosos llevar a cabo servicios de casamiento, sin establecer los mismos requisitos y obligaciones para ambos. Es decir, los oficiales del registro civil sí deben verificar la voluntad de las partes (que debe ser oral y presencialmente) y, de no hacerlo, pueden ser sancionados. Por su parte, los ministros religiosos pueden casar personas sin necesidad de contar con su consentimiento, incluso, sin la obligación de tener la presencia de las partes.

Lo anterior, señala la Corte Africana, propicia la práctica de matrimonios forzados y otras situaciones inhumanas, como el uso de menores de edad en negociaciones económicas. Y aunque el Estado argumentó que las partes interesadas siempre pueden elegir las dos opciones, para la Corte resulta claro que la ley es contradictoria respecto a las normas y los estándares internacionales, particularmente el Protocolo de Maputo y la Cetfdm.

Por tanto, el Tribunal Africano advirtió que la República de Malí es responsable por las violaciones alegadas que resultan de la promulgación del Código cuyas disposiciones contravienen las normas internacionales (Corte Adhp, *Apdf & Ihrda vs. República de Malí:* párr. 95). Además, ordenó al Estado hacer las reformas respectivas para armonizar la norma interna con la internacional, así como implementar las medidas necesarias para educar y difundir el respeto a los derechos contenidos en la Carta Adhp (Corte Adhp, *Apdf & Ihrda vs. República de Malí:* párrs. 130 y 131).

2. *Cuestiones en materia de derecho sucesorio*

En lo relativo a la herencia, el derecho islámico y la práctica consuetudinaria son regímenes aplicables por defecto en Malí. El artículo 751 del Código Familiar así lo advierte, pues solo es aplicable "*where religion or custom has not been established in writing, by testimony, experience or by common knowledge or where the deceased, in his life time, has not manifested in writing or before witnesses his wish that his inheritance should be distributed otherwise*" (Corte Adhp, *sentencia núm. 046/2016*, 11 mayo 2018: párr. 96).

Esto significa principalmente: *discriminación para mujeres* y *para niños nacidos fuera del matrimonio*, por lo que enseguida se comentará.

a. Mujeres y sus derechos hereditarios

Las instituciones demandantes señalan que las prácticas surgidas del derecho religioso (islámico) y consuetudinario dictan que un varón hereda el doble de lo que una mujer puede heredar –entre otras cosas–, con lo que se contraviene lo señalado en el artículo 21 del Protocolo de Maputo, en sus incisos 1 y 2:

> "1. La viuda tendrá derecho a una participación equitativa en la herencia de los bienes de su marido. Una viuda tendrá el derecho a seguir viviendo en la casa matrimonial. En caso de nuevo matrimonio, ella conservará este derecho si la casa le pertenece o ella la ha heredado.
>
> 2. Las mujeres y los hombres tendrán derecho a heredar, de manera equitativa bienes, propiedades de sus padres."

La Corte Africana señala que el artículo 751 del Código Familiar, sobre la aplicación del derecho islámico, es contrario a lo establecido en el Protocolo de Maputo, por lo que finca responsabilidad a la República de Malí por las violaciones alegadas en la demanda (Corte Adhp, *Apdf & Ihrda vs. República de Malí:* párr. 115). Asimismo, ordenó al Estado reformar y armonizar dichas disposiciones internas con las normas internacionales, así como

implementar las medidas necesarias para educar y difundir el respeto a los derechos contenidos en la Carta Adhp (Corte Adhp, *Apdf & Ihrda vs. República de Malí:* párrs. 130 y 131).

b. Niños nacidos fuera del matrimonio

Señalan los órganos demandantes que, conforme al derecho islámico, niños y niñas extra-maritales solo pueden heredar *cuando así lo deciden sus padres y los han incluido de manera expresa en el testamento*. Y también hacen alusión a que, en Malí, la mayoría de la población carece de recursos para poder apoyarse en servicios notariales y dar validez a documentos testamentarios. Incluso, apuntan que la cantidad de notarios en el país no alcanza para dar servicio a sus habitantes, pues hay 40 notarios aproximadamente y la población de Malí es de más de 15 millones.

La Corte Africana hizo propio este argumento y enfatizó que los niños naturales igualmente deben tener derecho a la herencia por ley, por lo que sostuvo que las disposiciones pertinentes del Código de Familia de Malí son discriminatorias y perpetúan las prácticas o tradiciones perjudiciales para los niños, en violación de los artículos 3 y 4 de la Cadbn. Así, declaró responsable a Malí por dichas trasgresiones y le impuso la obligación de reformar y adecuar su norma doméstica con la de los instrumentos internacionales (Corte Adhp, *Apdf & Ihrda vs. República de Malí:* párr. 115), y de implementar las medidas necesarias para educar y difundir el respeto a los derechos contenidos en la Carta Adhp (Corte Adhp, *Apdf & Ihrda vs. República de Malí:* párrs. 130 y 131).

3. *Cuestiones derivadas de las prácticas religiosas y culturales*

Pues bien, para no redundar en lo que ya he comentado, solo sintetizaré señalando que todo lo anterior se resume y se traduce en tradiciones y costumbres surgidas de normas religiosas y socio-culturales que violentan otro estándar internacional: la obligación de eliminar prácticas tradicionales y conductas que sean dañinas o contrarias a los derechos de las mujeres y de niños y niñas.

En el Protocolo de Maputo, el compromiso se consagra en el artículo 2, segundo párrafo, que señala que los Estados partes, a través de la educación, información y estrategias de comunicación, se obligan a: "Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres". De este mismo modo está estipulado en el artículo 5, inciso a, de la Cetfdm.

Finalmente, el artículo 1, tercer párrafo, de la Cadbn ordena: *"Any custom, tradition, cultural or religious practice that is inconsistent with the rights, duties and obligations contained in the present Charter shall, to the extent of such inconsistency, be discouraged."*

La República de Malí contra argumentó señalando que sí había hecho esfuerzos y que había preparado legislación armonizada, particularmente con el programa lanzado desde 1998. Empero, la Corte Adhp dictó la responsabilidad del Estado (Corte Adhp, *Apdf & Ihrda vs. República de Malí:* párr. 125) y le ordenó reformar el Código e implementar las medidas necesarias para educar y difundir el respeto a los derechos contenidos en la Carta Adhp (Corte Adhp, *Apdf & Ihrda vs. República de Malí:* párrs. 130 y 131).

III. Comentarios y reflexiones

En la República de Malí se han podido distinguir 3 sistemas de derecho: el consuetudinario (no escrito), el islámico o religioso y el estatal (heredado de los códigos y estatutos franceses). No obstante, los valores revolucionarios del ex colonizador europeo no permearon al campo de la igualdad de género en el territorio africano.

La sentencia que se comenta resulta de la mayor relevancia en la actualidad pues por primera vez la Corte Africana resuelve un asunto de violaciones de derechos de mujeres y niños y niñas, fincando al Estado africano de Malí responsabilidad por tener normas internas que no compatibilizan con principios, estándares y reglas

internacionales consagradas en los instrumentos que el mismo país ha firmado, ordenándole que reforme y adecúe las disposiciones correspondientes del Código Familiar.

Una razón por la cual es imprescindible atender estas cuestiones es por la gran cantidad de habitantes que se encuentran en esta situación de especial vulnerabilidad. Al año 2017, en el país africano, las personas con edades que están en el rango de entre 0 y 14 años representan un 47.71% del total del territorio. Esto lo convierte en el segundo país del mundo con mayor población infantil, empatado con Uganda y superado por Níger (Grupo Banco Mundial 2018). Dos cuestiones que destacan en este contexto son el matrimonio infantil y los derechos hereditarios de hijos e hijas nacidos fuera de la unión marital de los progenitores. v

De acuerdo con un reporte sobre matrimonio infantil en África, elaborado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Pretoria, en colaboración con la Comisión Adhp y su Relator Especial de Derechos de la Mujer en África, en la República de Malí había una tasa del 71% de prevalencia de matrimonio infantil en 2006 y del 55% en 2010. El 55% de las niñas son casadas antes de los 18 años de edad, mientras otro 15% antes de cumplir los 15 (2018: 19, 23-24).

La falta de uniformidad en los requisitos, como la posibilidad de casar a las niñas sin su consentimiento, beneficia la permanencia de un escenario en el que se perpetúan matrimonios forzados y negociaciones de tipo económico (por las dotes que el futuro esposo puede adquirir) y político, en las que menores de edad son utilizados como moneda de cambio.

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef 2009) publicó un documento titulado "En Malí, el matrimonio infantil es una sentencia de muerte para muchas niñas". Otras razones que revisten a este tema de suma importancia son las grandes trasgresiones que se derivan del matrimonio, como: mayor vulnerabilidad a la violencia doméstica, menor probabilidad de recibir educación, mayor riesgo de contraer Vih/Sida, peligros que conllevan el embarazo y el parto.

Por otro lado, los constructos relativos a los roles de género son estereotipos muy definidos y arraigados, basados en costumbres y tradiciones de subordinación femenina (Traducción propia de Diallo & Vaa 2001 citado por Van den Engel & Hesseling 2001: 299). Es una estratificación desarrollada muy fuertemente según el género y la edad, que obedece a normas tradicionales de segregación y diferencias de poder que dominan el ámbito de las relaciones de género. Una mujer malí es, en primera instancia y preponderantemente, valorada por su papel como esposa y madre. Tiene que apoyar a su marido de todas las formas posibles (Traducción propia de Van den Engel & Hesseling 2001: 299).

Si bien en la Constitución de Malí se estipula que mujeres y hombres tienen el mismo *status*, en la práctica no se observa que gocen de los mismos derechos, menos aún los relativos a herencia y a la propiedad. La gran mayoría de las mujeres solo tiene acceso a las tierras y bienes de sus maridos mientras estén casadas con ellos, a pesar de que el 48% de las malíes están involucradas en la agricultura (Jones-Casey *et al.* 2011: 1) y heredan la mitad de lo que reciben los hombres.

Además, el acceso a bienes tiene sus restricciones, pues a las mujeres se les brinda con el único fin de hacer cultivos temporales, sin poder hacerle mejoras como plantar árboles o implementar sistemas de riego. Si son hijas únicas, podrán heredar lo de su padre, salvo que se case, entonces deberá devolverlo a su progenitor (Jones-Casey *et al.* 2011: 3).

Al enviudar, no tienen derecho a heredar lo que haya pertenecido a su esposo o conservar lo que para la cultura occidental serían los bienes comunes maritales, generalmente, son expulsadas de la que haya sido su casa conyugal (Massay 2017). Por otro lado, el género masculino tiene alcance, inclusive, para conservar la custodia de los hijos e hijas de forma preferente en caso de divorcio (Jones-Casey *et al.* 2011: 2). La base de esto: el Corán.

En este sistema jurídico, la realización de los derechos humanos de las mujeres tiene una especial configuración, muy alejada

de los valores occidentales, lo que podría dar pauta a críticas que entienden de manera distinta la seguridad patrimonial y personal, y otros conceptos como la dignidad. Desde luego, la situación de las mismas mujeres, bien sea por no tener medios o educación o por ser limitadas por los grupos de poder, también favorece la situación (Morrow 2004: 1).

La Corte Africana respecto a los menores de edad, en materia hereditaria, también aplica los criterios occidentales previstos en los instrumentos internacionales. En África, niños y niñas generalmente no pueden protestar por violaciones a su herencia, por: inconsistencias normativas, conocimiento limitado o nulo de sus derechos, impedida capacidad para enfrentar alienadores, tiempo inadecuado para dar seguimientos, costos procesales. Las leyes no especifican completamente los derechos de los niños o los medios para hacerlos cumplir. Más aun, las autoridades no responden a las demandas y los tribunales son ineficaces en ofrecer remedios sustantivos (African Child Policy Forum 2015: 45). En mi opinión, resulta evidente que se requiere adecuar el marco normativo, así como sus aparatos jurídicos, de manera que se pueda dar cabida a estándares mínimos de los derechos humanos de niños y niñas.

Todas estas problemáticas están presentes en la agenda internacional, la Organización de las Naciones Unidas ha dado especial atención a la promoción y garantía de los derechos humanos de mujeres y de menores de edad, particularmente en África. Ha emitido reportes y recomendaciones para que los Estados africanos modernicen y uniformicen sus normativas para guardar congruencia con los estándares e instrumentos internacionales, concretamente los que han firmado.

Pareciera que el contenido de la sentencia concuerda con el rumbo fijado en el ámbito internacional, cuyo objetivo es contrarrestar las desigualdades y la discriminación, particularmente aquella que sufren mujeres y menores de edad en el continente africano. De acuerdo con la sentencia, el gobierno de Malí está obligado a hacer los preparativos para lograr el cambio en su interior, con programas

educativos y de concientización, campañas, políticas y demás medidas necesarias que vayan transformando a la sociedad y permitan culminar en las reformas que contengan como base la dignidad humana de mujeres, niños y niñas, que sean congruentes con los estándares e instrumentos internacionales. Todo esto, tomando en cuenta y a pesar de la resistencia de grupos religiosos y de poder que protestan incluso de manera violenta y amenazante para el territorio y población internos.

Bibliografía

African Child Policy Forum (2015): *Gender and Child Rights in Eastern Africa, A survey of Laws and Policies on Child Marriage, Economic Exploitation and Inheritance*, Save the Children International. Disponible en: https://www.girlsnotbrides.org/resource-centre/gender-and-child-rights-in-eastern-africa-a-survey-of-laws-and-policies-on-child-marriage-economic-exploitation-and-inheritance/ [Consultado el 8 de noviembre de 2018].

Centre for Human Rights (2018): *A Report on Child Marriage in Africa*, University of Pretoria, Sudáfrica. Disponible en: http://www.chr.up.ac.za/images/publications/centrepublications/documents/child_marriage_report.pdf [Consultado el 6 de noviembre de 2018].

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (2009): *En Malí, el matrimonio infantil es una sentencia de muerte para muchas niñas*, en Unicef. Disponible en: https://www.unicef.org/spanish/sowc09/docs/SOWC09-CountryExample-Mali-ESP.pdf [Consultado el 12 de noviembre de 2018].

Grupo Banco Mundial (2018): "Población entre 0 y 14 años de edad (% del total)", en Datos. Disponible en: https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.POP.0014.TO.ZS?year_high_desc=true [Consultado el 3 de noviembre de 2018].

International Justice Resource Center (2018): "Purpose and Importance of Observer Status", en *African Commission Bows to Political Pressure, Withdraws Ngo's Observer Status*, 28 agosto. Disponible en: https://ijrcenter.org/2018/08/28/achpr-strips-the-coalition-of-african-lesbians-of-its-observer-status/ [Consultado el 4 de noviembre de 2018].

Jones-Casey, Kelsey, *et al.* (2011): "Lesson 1: Women, Inheritance and Islam", en *Focus on Land in Africa Brief*, febrero, World Resources Institute – Landesa (Rural Development Institute). Disponible en: https://www.academia.edu/4016684/Mali_Women_Inheritance_and_Islam [Consultado el 7 de noviembre de 2018].

Massay, Godfrey (2017): "Africa's Women are Still Waiting for Equal Inheritance Rights", en *Women Delivery*, 21 junio. Disponible en: https://womendeliver.org/2017/africas-women-still-waiting-equal-inheritance-rights/ [Consultado el 8 de noviembre de 2018].

Morrow Richardson, Abby (2004): "Women's Inheritance Rights in Africa: The Need to Intergrate Cultural Understanding and Legal Reform", en *Human Rights Brief*, vol. 11, núm. 2, artículo 6, 19-22.

Van den Engel, Marijke & Hesseling, Gerti (2001): "Women and law in Mali", en Anderson, J.A. & M. Breusers (eds.), *Kinship Structures and Enterprising Actors: Anthropological Essays on Development. Liber Amicorum Jan H.B. den Ouden*, 299-316. Disponible en: https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/9723/ASC_1247243_130.pdf?sequence=1 [Consultado el 3 de noviembre de 2018].

Desvío de poder y la protección del derecho al trabajo. Comentarios al caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela* de la Corte IDH

Diego Saúl García López
Academia IDH

Sumario: I. Introducción al caso. II. Resolución de la Corte IDH. III. El Derecho al trabajo y la trascendencia de la sentencia. IV. Precisiones finales.

I. Introducción al caso

El ocho de febrero de dos mil dieciocho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en delante la Corte IDH o el Tribunal), se pronunció sobre el asunto *San Miguel y otras vs. Venezuela* en el que realizó un análisis de fondo y dictó las medidas de reparación necesarias a consecuencia de la responsabilidad que fue atribuida al Estado por las violaciones a los derechos de participación política, libertad de pensamiento y expresión, acceso a la justicia y a un recurso efectivo y al derecho al trabajo.

Sobre este último, la Corte IDH realizó un análisis interesante el cual derivó en la reiteración y ampliación de criterios adoptados en dos ocasiones anteriores (Corte IDH, *Trabajadores Cesados de Petroperú vs. Perú*, 23 noviembre 2017 y *Lagos del Campo vs. Perú*, 31 agosto 2017). El estudio de la argumentación planteada por la Corte IDH resulta necesario para identificar los elementos centrales en esta reciente línea decisoria del Tribunal encaminada a la protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, en particular, en lo referente al derecho al trabajo.

Antes de entrar a los comentarios de la resolución es fundamental sintetizar los hechos para situarnos en contexto. Entre los años 2001 y 2004, Venezuela carecía de estabilidad al interior de su

gobierno, lo anterior originó que partidos opositores al régimen del entonces presidente Hugo Chávez Frías, así como organizaciones de la sociedad civil promovieran la iniciativa de realizar un ejercicio de referendo con la finalidad de destituir al presidente Chávez.

A pesar de que el primer acto de recolección de firmas tuvo lugar en el año 2002, el referendo no se llevó a cabo sino hasta el 15 de agosto del año 2004, esto debido a que en ese lapso ocurrieron acontecimientos que impidieron el desarrollo normal del ejercicio político, sometiendo el mismo a modificaciones en la normativa que lo regulaba y al margen de manifestaciones de funcionarios públicos que mermaron el ánimo de los ciudadanos a tal grado que aquellos que ya habían participado mediante su firma, en una oportunidad posterior (a la cual se le llamó "procedimiento de reparo" validada por el Consejo Nacional Electoral de Venezuela (en delante Cne), retiraron su firma ante el temor de sufrir represalias.

Esta oportunidad dentro del proceso de validación de firmas no solo sirvió para retirar la misma, sino que aquellas que el Cne consideró dudosas podrían ser ratificadas por los otorgantes. En este supuesto se encontraron las señoras Rocío San Miguel Sosa, Magally Chang Girón y Thais Coromoto Peña quienes convalidaron su firma en el momento oportuno.

Una vez ratificada la convocatoria por el Cne para la celebración del referendo revocatorio, el 15 de agosto de 2004 tuvo lugar la votación del mismo arrojando como resultado la permanencia del presidente Chávez en su cargo.

Durante el desarrollo del procedimiento, el Cne sometió la lista de firmantes, el presidente Chávez encomendó a un diputado federal de nombre Luis Tascón el solicitar al Consejo copia de las listas con la firma, huella, cédula electoral y nombre de los firmantes (requisito que fue incorporado en la modificación realizada a la normativa ya mencionada). Este padrón fue utilizado por el diputado para "demostrar el mega fraude" con el que se buscaba

destituir a Chávez, subiendo esta lista a una página de internet en la cual se podían ver todos los datos de las personas que firmaron. En relación con lo anterior, se reportaron múltiples denuncias sobre despidos injustificados y persecución política, entre las denuncias se encuentran las correspondientes a los despidos arbitrarios de las señoras San Miguel, Peña y Girón.

Las mujeres, ahora víctimas del caso, laboraban en el Consejo Nacional de Fronteras (en delante Cnf), dependencia del Ministerio de Relaciones Exteriores. Las tres laboraban en tal dependencia bajo la figura de contrato de servicios profesionales sujeto a término determinado (mensual, semestral o anual) en el régimen de Empleado de confianza.

Después del procedimiento de ratificación de firma, el Presidente del Cnf comunicó a las tres personas su decisión de terminar la relación laboral vigente con el argumento de rescindir los contratos de acuerdo a lo estipulado en una de las clausulas, según la cual, el contratante se reservaba el derecho de dar por terminado el contrato cuando este así lo considerara conveniente. Sin embargo, las señoras San Miguel, Peña y Girón sostuvieron conversaciones telefónicas con personal del Cnf por medio de las cuales se podía entender explícitamente que la motivación de su despido se fundaba en la participación que estas tuvieron en el referendo revocatorio, declaraciones que las señoras grabaron y presentaron como prueba ante las autoridades correspondientes a fin de solicitar el amparo de la ley constitucional, tomando la figura del desvío de poder y discriminación por ideología política, como argumentos torales para apoyar su defensa.

A pesar de los intentos de las señoras por conseguir un fallo que apoyara su postura en los tribunales de su país, la situación política de la época imposibilitó obtener un fallo que respondiera a sus intereses.

En 2016 la Corte Idh tuvo conocimiento del caso, tomó en cuenta los hechos y las pruebas aportadas por las partes, realizó un estudio del mismo que le permitió llegar a la resolución que condena al Estado de Venezuela por las violaciones a los derechos especificados al inicio de esta redacción.

II. Resolución de la Corte Idh

Si bien, es cierto que la trascendencia de esta resolución consiste en la protección al derecho al trabajo que la Corte IDH hace, en aplicación del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Convención Adh), para fundamentar su fallo, el Tribunal tuvo que realizar un análisis holístico tomando en consideración la postura adoptada por la Comisión Idh y los representantes.

Entre los años 2001 y 2004 en Venezuela predominaba un ambiente tenso en el ámbito político. La Corte Idh, concluye en esta sentencia, que el Estado violó el derecho a la participación política, al valorar las declaraciones de funcionarios públicos y las modificaciones "sospechosas" a la normativa que regulaba el procedimiento del referendo, llegó a la conclusión que tenían por objetivo el desincentivar la participación política y propiciar situaciones de hostilidad, persecución política y represalias (en el caso en específico mediante de despidos arbitrarios). Ante esta situación, la Corte Idh concluye que no se garantizó la protección del derecho al trabajo.

Así mismo, el Tribunal declaró violado el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, en relación con el párrafo anterior se puede asimilar la firma como manifestación de voluntad, en el sentido en el que el artículo 13.1 de la Convención Americana propone que la libertad de expresión se puede manifestar por cualquier medio a elección de la persona. De igual forma, el artículo anterior en su último párrafo predispone una prohibición que deberán de contemplar los Estados, a fin de evitar la incitación al odio como medio de censura de la expresión.

Recientemente, en el asunto *Lagos del Campo vs. Perú* (Corte IDH, párr. 96) la Corte interamericana ha reforzado la protección al derecho a la libertad de expresión en las relaciones laborales, ya sea en el ámbito privado o público.

Gracias a las conclusiones a las que llegó la Corte IDH, específicamente en la estimación de violación a estos dos derechos, se pudo constatar que el hecho generador de las violaciones a los derechos anteriores fue el despido arbitrario, ante el cual el Estado justificó en la facultad discrecional concedida por una de las cláusulas en los contratos de los empleados de confianza.

III. El Derecho al Trabajo y la trascendencia de la sentencia

El derecho al trabajo[1] es comprendido como un derecho y deber social, el cual otorga dignidad al trabajador, para ello el trabajo debe de prestarse en condiciones que permitan el acceso a un régimen que garantice la vida, salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia.

El derecho al trabajo se encuentra protegido por el artículo 26 de la Convención ADH , que tiene como objetivo el desarrollo progresivo de los derechos contenidos en las normas de carácter económico, social, cultural, científico o educativo a cargo del Estado, por lo que este deberá asegurar la promoción, tutela, respeto y garantía de los mismos. El citado artículo remite a la Carta de la Organización de los Estados Americanos[2], instrumento que re-

[1] Artículo 45, párrafo b) de la Carta de la Organización de Estados Americanos dispuesto de la siguiente manera: Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos… b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar.
[2] Carta de la Organización de Estados Americanos artículo 45, incisos a) y b).

conoce el derecho al trabajo al igual que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[3].

El acceso al derecho al trabajo no puede limitarse a las personas por razones de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, además de posibilitarse la práctica del trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades y seguridad económica[4].

En relación con el concepto anterior, resulta esencial contemplar dos elementos para analizar las condiciones óptimas de un ambiente de trabajo que propicie el desarrollo ideal del derecho al trabajo; la libertad y la dignidad. La Convención Americana, contempla en su artículo 11 el derecho de toda persona a que se reconozca su dignidad.

Bajo la premisa en la que dentro del aspecto laboral existen relaciones de subordinación en las que el factor económico se encuentra por encima del factor de producción, se debe tomar en cuenta que para evitar que esta asimetría de poder constituya violaciones a derechos fundamentales, respecto lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de nuestro país considera que "… [se] establecen como finalidades el respeto a la dignidad humana y la eliminación de la discriminación en las relaciones laborales…[5]".

[3] Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 6. Derecho al Trabajo: 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada. 2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

[4] El Comité Internacional de la Cruz Roja, la define como la capacidad de las personas, los hogares o las comunidades de satisfacer sus necesidades básicas de manera sostenible y con dignidad.

[5] Tesis Aislada 2ª. LXXXIX/2014. « PRINCIPIOS GENERALES QUE RIGEN AL TRABAJO COMO DERECHO Y DEBER SOCIAL. AUN CUANDO LOS ARTÍCULOS 2o., 3o. Y 3o. BIS DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO SON DE NATURALEZA AUTOAPLICATIVA, PARA RECLAMARLOS A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO ES

En el caso que se analiza, la Corte IDH, determinó que, la jurisdicción venezolana al conocer del caso, basó sus decisiones en torno a la validez de la aplicación de la cláusula contractual sin analizar el fundamento que motivaba al Estado a aplicar tal disposición[6], lo cual daba fuerza a la hipótesis planteada por la Comisión y los representantes respecto a la violación al derecho al trabajo en relación con el principio de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención.

En mi opinión, el análisis de la Corte IDH resulta acertado, ya que si bien existen diferentes regímenes de contratación laboral, dentro de los cuales unos pueden otorgar mayor seguridad sobre la estabilidad en el trabajo sobre otros, esto no debe de ser interpretado en perjuicio del trabajador[7], menos en el ámbito público puesto que a pesar de que el Estado figura como empleador, también lo hace como garante de los derechos fundamentales de sus gobernados, lo cual implica una doble responsabilidad.

A pesar de que en un primer momento las afectadas no hicieron relación alguna entre la violación al derecho al trabajo y la protección otorgada por el artículo 26 de Convención, la Corte tomó en cuenta que en repetidas ocasiones se hizo mención de este como una afectación colateral, y en armonía con el principio *iura novit curia*[8] (el juez conoce el derecho), realizó el estudio de violación al derecho al trabajo a pesar de no haber sido alegado por las partes.

NECESARIO DEMOSTRAR QUE SE ENCUENTRA EN EL SUPUESTO NORMATIVO RESPECTIVO (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE DICIEMBRE DE 2012).» Segunda Sala. Décima Época (agosto 2014). Registro: 2007074.

[6] Las declaraciones hechas por el Presidente de la CNF, sobre una reestructuración del plantel laboral solo figuraron como eso, meras declaraciones las cuales jamás se demostró que fueran realizadas.

[7] La Convención establece en su artículo 29, inciso d) que ninguna de las disposiciones contenidas en este instrumento pueden ser interpretadas en el sentido de excluir o limitar los efectos que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

[8] Tesis Aislada |.4º.A.747 A. « PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA. SUS ALCANCES EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL.» Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época (julio 2011). Registro: 161514.

Este criterio interpretativo fue planteado por primera vez por el Tribunal en el caso *Lagos del Campo vs. Venezuela*, al precisar el concepto de *estabilidad laboral*:

> "…no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho…" (Corte IDH, *Lagos del Campo*: párr. 64)

De acuerdo con lo anterior, se puede acordar que la Corte IDH propone tres elementos clave: primero, el respeto al derecho al trabajo (no a la permanencia obligatoria), segundo, que el despido debe obedecer a una justificación que lo motive y, tercero, la posibilidad del trabajador de hacer uso de los recursos necesarios a fin de que las autoridades competentes en materia laboral verifiquen el caso y ratifiquen o declaren la ilegalidad en el despido.

La sentencia se apoya también (al igual como hizo en el caso *Lagos del Campo*) en el Convenio número 158 sobre la Terminación de la Relación del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) al señalar que, para poder dar por terminada una relación de trabajo, deberá de existir una causa justificada relacionada con la capacidad o conducta del trabajador, o bien, en función de las necesidades operacionales de la empresa[9]. Además, se establecen los motivos por los cuales no se puede considerar la existencia de una causa justificada, dentro de los cuales figura entre otras, el despido por causa de las opiniones políticas (Corte IDH, *Lagos del Campo*: párr. 148).

En este tenor, la resolución de la Corte IDH en el presente caso, al determinar que la aplicación de esta cláusula y la facultad dis-

[9] Artículo 4 de C158 –Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo de 1982.

crecional del empleador implícita en ella, tuvo como objetivo el enmascarar el motivo original por el cual se daba por terminada la relación laboral entre la Cnf y las señoras San Miguel, Girón y Peña, quienes en consideración del Tribunal, fueron víctimas de un desvío de poder el cual planteaba dos efectos: el primero sancionarlas por no alinear su postura política a la línea mantenida por el gobierno en ese entonces; y el segundo, servir de ejemplo para romper la voluntad de las demás personas e interferir en el proceso de toma de decisiones en cuanto al referendo revocatorio.

En un voto particular concurrente, el Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot sostiene que el aporte primordial de esta sentencia consiste en la protección de la relación contractual independientemente del régimen bajo el cual se encuentre el trabajador, así como determinar los criterios a los que debe remitirse el Tribunal en los casos de discriminación en los contextos laborales. Finalmente, y quizás el más importante en mi parecer, establecer que las violaciones se enmarcan en el derecho al trabajo en general y no solo en el de estabilidad laboral (Corte Idh 2018: 90).

Respecto a éste último aspecto, el voto sostiene que el estudio en este asunto se sujeta en primer lugar al contexto en el que ocurrió el hecho generador (despido arbitrario) y posteriormente determinar si este hecho generador constituye una manifestación de discriminación por razón de preferencia política (existencia de características que violenten el desarrollo progresivo del trabajo). Se analiza entonces la relación del despido con una configuración específica dentro de la ley (desvío de poder) por la que consecuentemente, se vulneren derechos fundamentales y la posibilidad de sancionar aquellas conductas garantizando la protección judicial del trabajador.

Un elemento complementario, a los señalados por el Juez Mac-Gregor, es sin duda la ampliación del término de *estabilidad laboral* permitiendo que las relaciones de supra a subordinación (en especial en aquellos regímenes que no cuentan con este carác-

ter de estabilidad) se pueda otorgar protección al trabajador en condiciones de respeto y dignidad.

IV. Precisiones finales

La importancia de la sentencia sobre la que se comenta redunda en varios aspectos. Fija el primer precedente jurisdiccional interamericano en materia de protección al derecho al trabajo en el Estado de Venezuela, a pesar de que ya existen dos resoluciones previas contra Perú en las que la Corte IDH resolvió para proteger el derecho al trabajo y la estabilidad en el mismo.

Segundo, en este caso se contempla la posibilidad de ampliar la protección a aquellos regímenes que por sí mismos representan desventajas ante trabajos *estables*, fijando la obligación del empleador en justificar su actuación, no obstante cuenten con la facultad discrecional de rescindir relaciones laborales. Tercero, la sentencia reafirma la obligación del Estado para examinar minuciosamente los casos en los que se puedan presentar violaciones a derechos humanos en el ámbito laboral.

Desde mi perspectiva, resulta necesario que el Tribunal considere fortalecer esta línea jurisprudencial para constituir un referente para las legislaciones laborales de los Estados parte, debido a la situación asimétrica que existe entre patrón y trabajador en los países del continente.

En el caso mexicano, aunque la normativa vigente se enfoca históricamente a equilibrar la diferencia económica-jerárquica, en el aspecto judicial la defensa del trabajador suele ser inoperante. En este caso, la intención de las señoras San Miguel, Girón y Peña consistía en que se pudiera llevar a cabo un juicio objetivo para que se atribuyeran responsabilidades a los funcionarios involucrados y se pudiera decretar alguna medida de reparación a las víctimas en el asunto.

Por lo que este precedente marca el camino que debería seguirse para garantizar que el derecho al trabajo no solo sea visto como una garantía de acceso al mismo, sino como una garantía de acceso y protección.

Finalmente, otro aspecto que considero relevante señalar se refiere a la falta de perspectiva de género en la sentencia. En el mismo, la Corte IDH si bien sitúa el contexto hostil por cuestiones políticas, resulta necesario contemplar lo dispuesto por la OIT respecto a la igualdad de género en el trabajo, ya que de acuerdo al Informe de Panorama Laboral en América Latina y el Caribe de 2017, a pesar de que la participación de las mujeres en el mercado laboral ha aumentado, también lo ha hecho la tasa de desempleo la cual equivale a 10.4 por ciento siendo 1.4 veces respecto la tasa de desempleo de los hombres (OIT 2017).

Es fundamental que los Estados de la región adopten medidas encaminadas a maximizar la protección de los y las trabajadoras, el acceso al derecho al trabajo y propiciar la formación profesional adecuada en términos de capacitación. Esto podría implementarse, por ejemplo, mediante la evaluación y supervisión a las empresas (tanto públicas como privadas) así como la aplicación de Protocolos de Actuación en los procedimientos laborales mediante el acato a los estándares y jurisprudencia interamericanas.

Bibliografía

Organización Internacional del Trabajo (2017): "En 2017 el desempleo aumentó por tercer año consecutivo, pero bajaría el próximo año", en *Organización Internacional del Trabajo sitio web en español*, publicado el 18 de diciembre de 2017. Disponible en: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_614167/lang--es/index.htm [Consultado el 8 de noviembre de 2017].

Muerte, silencio e impunidad: la protección a periodistas en la sentencia *Carvajal Carvajal vs. Colombia*

Diana Vanessa Gutiérrez Espinoza
Academia Idh

Sumario: I. Introducción. II. Hechos del caso. III. Protección de los derechos de los periodistas. 1. Derecho a la vida. 2. Derecho a la libertad de expresión.3. Derecho a las garantías y protección judicial. 4. Protección a los familiares del periodista. a. Familia y menores de edad. b. Desplazamientos forzados. IV. Medidas de reparación. 1. Medidas de rehabilitación. 2. Satisfacción. 3. Restitución. 4. Garantías de no repetición. V. Evolución de las medidas de reparación de violencia contra periodistas. *1. Caso González Medina y Familiares vs. República Dominicana. 2. Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia.* VI. Comentarios finales.

I. Introducción

En el presente comentario jurisprudencial me ocuparé de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Idh) *Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia*, sentencia de Fondo Reparaciones y Costas del 13 de marzo del 2018. Durante la época de violencia en Colombia, una parte muy importante de las agresiones y asesinatos se concentró en un grupo de personas cuya vulnerabilidad es muy específica: los periodistas. Considerados como *posibles blancos militares.*

Las consecuencias que trajeron los actos de violencia en contra de este grupo, según la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2014) fueron: a) la vulneración al derecho de expresar y difundir ideas, opiniones e información; b) la violación del derecho de la sociedad de buscar y recibir información e ideas de cualquier tipo; c) la falta de protección al derecho a la seguridad de quienes ejercen la profesión como para sus familiares: y d) la impunidad en los casos que se atentó contra la vida e integridad de los periodistas.

El caso del homicidio del periodista Nelson Carvajal se ubica en el periodo de excesiva violencia, pues en el año 1997 Colombia ocupó el segundo lugar en la lista mundial de periodistas ejecutados y, en 1998 figuró como el primer lugar más violento en el mundo, según información de Comité para la Protección a Periodistas (1998). De acuerdo con cifras del Centro de Memoria Histórica de Colombia, entre 1977 y 2015 fueron ejecutados un total de 152 periodistas colombianos en razón de su oficio y más de la tercera parte ocurrieron entre 1996 y 2005.

Las características de la violencia contra los periodistas en la década de los noventa, como el desarrollo del conflicto armado dentro de violencia criminal, provocó miedo e intimidación para todos los ciudadanos, pero de manera intensa en el grupo de personas que se dedicaban informar a la sociedad.

Debido a su labor los periodistas se volvieron blancos de los actores del conflicto de violencia que se vivía en Colombia. Las actividades que conlleva el ejercicio de su trabajo como criticar, denunciar e informar a la comunidad sobre temas sensibles. Este fenómeno se concentró en regiones con mayor confrontación armada y donde prevalecían los poderes de carácter político, económico y armado.

En Colombia, como en otros países, los periodistas cumplen con una importante función al ser líderes de su comunidad, representan confianza para los demás vigilando las acciones de los gobernantes, dando a relucir denuncias e información relevante sobre esas acciones. En este sentido, la mayoría de los periodistas se vuelven la única fuente de información en las regiones donde no existen otros los medios de comunicación. Por lo cual, todos los actos de violencia en contra de los periodistas generan consecuencias graves para el derecho de la sociedad acceder a la información.

Es evidente que la violencia contra periodistas tiene más víctimas que quienes ejercen la profesión, pues también son víctimas

de esta violencia las familias de los periodistas, quienes enfrentan no sólo la pérdida por los homicidios, sino también por desplazamientos, amenazas e inseguridad.

Además, éste problema no es exclusivo de Colombia, ha ido en incremento en países de América Latina y colocando a México, en el año 2017, como el país con el mayor número de muertes de periodistas en el mundo y, la mayoría de los casos, en la impunidad.

La situación de arbitrariedad ante los casos de violencia contra los periodistas deja en claro que los Estados no cumplen con las obligaciones primordiales que son prevenir, proteger y procurar justicia, dejando en completa indefensión éste grupo de personas que se encarga de difundir información que llega a relacionarse con temas sensibles a la sociedad.

En este sentido, el caso del periodista Nelson Carvajal Carvajal la Corte IDH condena al Estado colombiano tras 20 años de impunidad desde que ocurrieron los hechos, reafirmando las obligaciones que deben de asumir los Estados frente al problema.

En países como México, Guatemala, Honduras, Paraguay y Brasil, esta sentencia llega a recordar y poner sobre la mesa que los Estados tienen obligaciones frente a los periodistas por la importancia que tiene el ejercicio de su profesión para una sociedad democrática.

La principal acción a la que se encuentran obligados todos los Estados es prevenir, que va más allá de la adopción de medidas una vez realizados los actos de violencia, es la necesidad de atacar de fondo la violencia y la impunidad de la misma. También se tiene la obligación de brindar protección a los periodistas, identificar los riesgos a los cuales están expuestos, las causas de su origen, advertir sobre el riesgo y la adopción de las medidas adecuadas para su protección vigilando la evolución del riesgo.

En este mismo sentido, la procuración de justicia también es una obligación que debe de asumir el Estado, que contempla investigar, juzgar y sancionar en un plazo razonable evitando todo tipo de dilación que se pudiera presentar, además se debe contribuir a la participación de las víctimas en todo el proceso, esto incluye la protección para las mismas.

Actualmente sólo tres países en América Latina cuentan con un mecanismo de protección para periodistas: Colombia, México y Honduras. Es importante recordar que, en México, el mecanismo de protección para periodistas estuvo cerca de quedar sin fondos este año, lo cual plantea un contexto de indefensión frente al derecho al libre desarrollo de su profesión.

II. Hechos del caso

El asunto *Carvajal Carvajal* fue sometido ante la jurisdicción la Corte IDH por la Sociedad Interamericana de Prensa y *Robert F. Kennedy Human Rights* el 22 de octubre de 2015, por los hechos y supuestas violaciones de derechos humanos que se señalan a continuación a partir de la sentencia dictada el 13 de marzo de 2018 por el órgano judicial interamericano.[1]

Nelson Carvajal Carvajal era Licenciado en Ciencias Religiosas y Ética, director de los programas radiales *Mirador de la Semana*, *Amanecer en el Campo* y *Tribuna Médica*, transmitidos por la emisora Radio Sur en el municipio de Pitalito. Se dedicaba a informar y denunciar asuntos de interés social relacionados con irregularidades en la administración de fondos públicos, hechos de corrupción y lavado de dinero proveniente del narcotráfico de la zona y en el departamento del Huila en General.

En la época en que ocurrió su homicidio se encontraba trabajando en un reportaje sobre lavado de dinero proveniente del

[1] Fueron presentados tres *amicus curae,* cabe resaltar que uno de ellos por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, sobre el contexto de violencia e impunidad contra periodistas en la región y los estándares especiales de debida diligencia

narcotráfico y tráfico de armas en la zona. El día 16 de abril de 1998, alrededor de las 6:15 pm, iba saliendo del Centro Educativo Los Pinos, fue asesinado por un hombre que le disparó siete veces con un arma de fuego.

La Fiscalía en sus investigaciones concluyó que su homicidio fue ocasionado por el ejercicio de su profesión. El caso tuvo diferentes hipótesis sobre el crimen como la concurrencia del entonces alcalde local; de un exconcejal y empresario local; así como, la participación de las Fuerzas Armadas Revolucionarias (Farc) y de una banda criminal del Barrio Porvenir de Pitalito.

En conclusión, la Corte Idh sostuvo que el Estado no condujo una investigación seria, diligente y oportuna sobre lo sucedido provocando como consecuencia la impunidad durante 20 años, todo ello en un contexto de amenazas y hostigamiento a los familiares del periodista, que habría tenido como consecuencia la salida de varios de ellos del territorio colombiano (Corte Idh, *Carvajal Carvajal*: párr. 101).

III. Protección de los derechos de los periodistas

1. Derecho a la vida

La Corte sostuvo que fue vulnerado el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, Convención Adh) en perjuicio de Nelson Carvajal por la posible participación de funcionarios públicos en la comisión de su homicidio.

La Corte Idh estableció que no era posible determinar con toda certeza que en los hechos del caso estuviesen implicados agentes públicos, además que esos pronunciamientos fueron debidamente motivados y no se encontró elemento alguno que indique que esas decisiones se hubiesen adoptado con base en motivos de carácter fraudulento o en colusión con las partes. En el caso concreto no se pudo probar la participación de agentes públicos en el homicidio de Nelson Carvajal.

La Corte IDH determinó que el homicidio de Nelson Carvajal Carvajal se inscribe dentro de un contexto generalizado de impunidad de la violencia contra los periodistas. Por lo que la investigación inadecuada del homicidio por parte de las autoridades colombianas constituye una violación a la obligación de garantizar el derecho a la vida, responsabilizando a Estado colombiano por no haber garantizado su derecho a la vida (Corte IDH, *Carvajal Carvajal:* párrs. 169-170)

2. *Derecho a la libertad de expresión*

A lo largo de la jurisprudencia de la Corte IDH se pueden advertir importantes antecedentes sobre el derecho a la libertad de expresión. En el artículo 13 de la Convención ADH se protege el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como el recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Se establece que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión colectiva que poseen la misma importancia y es un deber del Estado garantizarla. Respecto a la primera dimensión, que comprende el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir opiniones, ideas e información y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios por lo que la expresión y difusión no pueden dividirse, de tal manera que restricción de algunos de ellos implica un límite del derecho a la libertad de expresión (Corte IDH, *Carvajal Carvajal:* párr. 171).

En la segunda dimensión, la Corte IDH estableció que implica el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros, teniendo especial relevancia para los ciudadanos el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

En el caso concreto, la Corte IDH estableció que ambas dimensiones son necesarias porque por una parte nadie deber ser arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, pero implica también el derecho co-

lectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (Corte IDH, *Carvajal Carvajal:* párrs. 172-173). Enfatizando, especialmente, que la libertad de expresión, en asuntos de interés público, es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática (Corte IDH, *Carvajal Carvajal*: párr.174).

3. *Derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial*

Las garantías judiciales establecidas en el artículo 8 de la Convención ADH son los requisitos indispensables mínimos que debe tener toda persona que enfrenta un procedimiento, estas son:

> "Artículo 8.- Garantías Judiciales
>
> 1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
>
> 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
>
> a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
>
> b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
>
> c) concesión al inculpado de tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección o de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra si mismo ni a declarar culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia."

En este asunto, la violación de las garantías judiciales y protección judicial se aprecia en la sentencia respecto a dos elementos esenciales. Por un lado, respecto al derecho de la víctima a una investigación y un juicio en un plazo razonable; eficiencia del proceso cumpliendo con las garantías mínimas; esto queda claro por la dilación tanto en la investigación como en el proceso y específicamente en el manejo inadecuado de las pruebas que se dio en este asunto.

Por otro lado, respecto a los familiares. En la sentencia la Corte IDH estableció que el Estado era responsable por una violación a las garantías procesales de los familiares y, en particular, por no haber

investigado las amenazas y hostigamientos en contra responsable por una violación al derecho a la vida de Nelson Carvajal.

Y referente al derecho a la protección judicial, Convención ADH en su artículo 25 establece:

> "Artículo 25.- Protección Judicial
>
> 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
>
> 2. Los Estados partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."

En caso del homicidio del periodista Nelson Carvajal, la Corte IDH determinó que el Estado colombiano no cumplió con la obligación llevar a cabo una investigación seria, objetiva y efectiva (Corte IDH, *Carvajal Carvajal:* párr. 102), derecho que se establece en el artículo 25 de la Convención ADH. Así mismo, refiere que incumplió con llevar proceso en un plazo razonable, en perjuicio de los familiares del periodista. Esto quiere decir que el Estado colombiano en 1998 tuvo la obligación de investigar los hechos del homicidio del periodista Nelson Carjaval, así como de encontrar a los responsables y sancionarlos. Después de 20 años de impunidad del crimen cometido en perjuicio del periodista sigue persistiendo la obligación del Estado sancionar.

Adicionalmente, la sentencia señala que el Estado, no adoptó las medidas de protección necesarias relacionadas con las amenazas a los familiares del periodista (Corte IDH, *Carvajal Carvajal:* párr. 101).

4. *Protección a los familiares del periodista*

a. Familia y menores de edad: En este caso concreto están protegidos por el artículo de la Convención ADH que refiere:

"Artículo 17.- Protección a la Familia.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado."

También tiene relación el artículo 5 de la misma Convención, que refiere:

"Artículo 5.- Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral".

En este sentido, la Corte IDH toma en cuenta la situación que vivió la familia del periodista y la impunidad, así como las amenazadas y hostigamiento que sufrieron los familiares. Respecto a la integridad personal, la sentencia hace mención que el Estado es responsable de la vulneración del derecho a la integridad de los familiares por haber ocasionado el sufrimiento que les causó la muerte de Nelson Carvajal.

b. Desplazamientos forzados

En relación a la condición de desplazados que vivieron los familiares y las dos hijas menores del periodista, Paola Andrea y María Alejandra Carvajal Bolaños, la sentencia aplica la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), en particular lo dispuesto en el artículo 9 según el cual el Estado tienen la obligación de prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar.

El Estado tiene la obligación de no solo debe abstenerse de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del

niño y de la niña, sino también que, según las circunstancias, debe adoptar providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos. Por lo tanto, el Estado tiene la obligación de promover las medidas de protección especial orientadas en el principio del interés superior de la niña y del niño (Corte IDH, *Carvajal Carvajal*: párr. 193).

En la sentencia se protege los derechos de los niños y niñas hijos de Nelson Carvajal que sufrieron desplazamiento, así como su esposa, hermanos y sobrinos. Al ser desplazados se les vulneró su derecho la circulación y residencia establecido en el artículo 22 de la Convención ADH.

IV. Medidas de reparación

La Corte IDH ha desarrollado una serie de estándares encaminados a construir un concepto de reparación más amplio e innovador. Estas medidas son, además de la indemnización, las medidas de rehabilitación, las de satisfacción y las garantías de no repetición. Estas indemnizaciones buscan compensar el daño material e inmaterial causado a las víctimas.

1. *Medidas de rehabilitación*

La Corte IDH determinó que el Estado debe brindar gratuitamente, de forma prioritaria, sin cargo alguno, el tratamiento psicológico o psiquiátrico adecuado a las víctimas que así lo requieran, previa manifestación de voluntad. Como es propio de las sentencias de la Corte IDH se dedica un apartado para reparar a los familiares desde el punto de vista de la salud y los daños ocasionados debido a los años de sufrimiento y daños físicos que hayan vivido como consecuencia de la pérdida de su familiar y de la violencia de la cual fueron víctimas ellos mismos

En este caso concreto la Corte IDH determinó que debido a que los familiares de Nelson Carvajal que se encuentran viviendo fuera de Colombia, el Estado pague la suma de US$ 10.000 a cada uno

de ellos para que puedan cubrir los gastos de atención psicológica o psiquiátrica, disponiendo de un plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la sentencia (Corte IDH, *Carvajal Carvajal*: párr. 208).

2. *Satisfacción*

En cuando a las medidas de satisfacción para la familia de periodista, la Corte IDH consideró necesario que el Estado realice un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en relación de los hechos. Agrega que deberá llevarse a cabo mediante una ceremonia pública en presencia de altos funcionarios del Estado y de las víctimas, de acuerdo con la modalidad de cumplimiento que establezcan estas mismas. Esta medida, al igual que la de rehabilitación, es común.

3. *Restitución*

La Corte IDH determinó que el Estado debe garantizar las condiciones de seguridad adecuadas para que puedan retornar a sus lugares de residencia, de ser el caso y si así lo desean, sin que ello represente un gasto adicional para los beneficiarios en plazo de un año a partir de la notificación de la sentencia para dar a conocer al Estado su intención de retornar. Dicha fue medida dictada con la finalidad de contribuir a la reparación de los familiares de Nelson Carvajal por la situación de desplazamiento que sufrieron.

Cabe mencionar que en la medida la Corte IDH no establece la obligación del Estado de proporcionarle vivienda a los familiares del periodista como si lo ha hecho en otros casos (Corte IDH, *Durand y Ugarte vs. Perú,* 16 agosto 2000, párrs. 36-38).

V. Evolución de las medidas de reparación en casos de violencia contra periodistas

La Corte IDH ha sentenciado a diferentes estados por la vulneración del derecho a la libertad de expresión relacionada con actos en

violencia contra periodista como, tortura, desaparición y homicidios. Es apropiado analizar las medidas de algunas de las sentencias dictadas y comparar si existe un progreso o estancamiento.

1. Caso González Medina y Familiares vs. República Dominicana

En mayo de 1994 fue desaparecido Narciso González Medina quien se desempeñaba como abogado, periodista y profesor, días antes de su desaparición, había publicado un artículo de opinión en una revista denominada *La Muralla* y había pronunciado un discurso en la Universidad Autónoma de Santo Domingo, en los cuales denunciaba la corrupción y el fraude electoral. (Corte Idh *González Medina y familiares,* 27 febrero 2012).

La medidas dictadas en este caso por la Corte Idh fueron continuar la investigación y procesos necesarios en un plazo razonable, la búsqueda para determinar el paradero del señor Narciso, atención médica y psicológica para las víctimas, publicación de la sentencia, realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos, colocar una placa conmemorativa en el Centro Cultural Narciso González, realizar un documental audiovisual sobre la vida del señor Narciso González Medina, en el que se haga referencia a su obra periodística, literaria y creativa, así como su contribución a la cultura dominicana. Garantizar que la aplicación de las normas de su derecho interno y el funcionamiento de sus instituciones permitan realizar una investigación adecuada de la desaparición forzada y el pago de las indemnizaciones que fueron fijadas (Corte Idh, *González Medina y familiares,* 27 febrero 2012, párrs. 276-323).

2. Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia

El 3 de septiembre de 2012 fue atacado el periodista Luis Gonzalo Vélez Restrepo por parte de soldados del Ejército Nacional colombiano mientras filmaba una manifestación en la que soldados de dicha institución golpearon a varios de los manifestantes.

Posteriormente él y su familia sufrieron hostigamientos, además intentos de privación arbitraria de libertad contra el periodista mientras que intentaba impulsar los procesos judiciales en contra de sus agresores.

Las medidas de reparación en este caso fueron: garantizar las condiciones para que los miembros de la familia Vélez Román regresen a residir a Colombia brindarles atención médica; la publicación y difusión de la sentencia; incorporar los programas de educación en derechos humanos dirigidos a las Fuerzas Armadas; un módulo específico sobre la protección del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión; y, el pago de las indemnizaciones fijadas (Corte Idh, *Vélez Restrepo y Familiares* 3 septiembre 2012, párrs. 253-316).

Al comparar las medidas dictadas en casos anteriores con el caso del periodista Nelson Carvajal, queda evidente la falta de novedad en la sentencia que comento. Más bien, lo que se aprecia es una reiteración de la línea jurisprudencial de la propia Corte en casos anteriores al que se analiza.

VI. Comentarios finales

A partir de la sentencia *Carvajal Carvajal vs. Colombia* se genera un reconocimiento de la situación de violencia contra periodistas que se vivió y se sigue viviendo en Colombia, de acuerdo con el Relator Especial para Libertad de Expresión (2014) creándose un antecedente importante para todos los países que han ratificado la competencia contenciosa de la Corte Idh.

Esta sentencia se reitera que las obligaciones que han incumplido los Estados frente a la protección de los derechos humanos de los periodistas, de proteger, garantizar y promover, quedan en evidencia por la condena a Colombia por la ineficacia, dilación y falta de resultados, tanto en la investigación como en el proceso, para enjuiciar y sancionar a los responsables.

En este sentido, se debe destacar que uno de los puntos centrales de la sentencia es el señalamiento que hace la Corte respecto al homicidio del periodista: no permitir que se difundiera información sobre los hechos de corrupción entre particulares y agentes del Estado. Es importante que la muerte de Nelson Carvajal fue por motivo del ejercicio de su profesión, dando un paso para reconocer la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los periodistas.

Se podría considerar que la emisión de la sentencia fue oportuna por el contexto actual del problema de violencia contra periodistas, que ha ido en incremento el América Latina, al marcar una guía para el tratamiento de todos los demás casos posteriores de este tipo, ¿Cuál es la guía o tratamiento que da la sentencia?

A pesar de los avances que logra en el aspecto del reconocimiento de la vulnerabilidad a la que están expuestos los periodistas, esta sentencia no es suficiente para propiciar el cambio del contexto actual, porque el simple reconocimiento de derechos y obligaciones no garantiza el cumplimiento de las mismas. Sin duda, un déficit en el sistema interamericano respecto al cumplimiento de las sentencias de la Corte es que la mayoría de las medidas dictadas no se cumplen totalmente (Cedesca Aidh, 2018), lo que quebranta la garantía de una reparación integral a la que tienen derecho las víctimas.

En efecto, la falta de cumplimiento por los Estados de las medidas de reparación dictadas en la sentencia es una debilidad patente para el acceso a la justicia de las víctimas. Como ejemplo, se puede mencionar el caso del periodista norteamericano que fue desaparecido y asesinado cuya sentencia y medidas de reparación fueron cumplidas después de 7 años de sufrimiento de sus familiares (Corte Idh, *Blake vs. Guatemala*:24 enero 1998).

En mi opinión, para poder considerar los efectos de una sentencia dictada por la Corte tendría que cumplir con dos aspectos

esenciales: el primero, el reconocimiento de la responsabilidad del Estado y, el segundo, y más importante, la garantía de esas medidas de reparación, es decir que sean una realidad para las víctimas y sus familiares.

Finalmente, es relevante acercar este caso a la realidad que se vive en nuestro país frente a la violencia contra periodistas. En 2017, México fue el país con mayor número de periodistas asesinados. Desde el 2012 en México se creó un mecanismo de protección para periodistas y defensores de derechos humanos, en la creación de este mecanismo se reconoce la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran. El reconocimiento que crea este tipo de mecanismos es importante, pero puede llegar a ser insuficiente por las deficiencias que se tienen, por un lado, para tratar el problema y, por otro, las carencias del mismo mecanismo de protección.

Lo anterior se ve reflejado en la situación de incertidumbre que se encontraba el mecanismo de protección para periodistas y defensores de derechos humanos en este año, al estar a punto de quedar sin recursos. Esto genera una doble vulneración a los periodistas que implica vivir y desarrollar su profesión en un contexto de inseguridad y, al colocarse en una situación de violencia, no se le pueda proteger por falta de recursos del mecanismo especialmente creado.

Para concluir este comentario, señalar que para que un asunto judicial pueda marcar un antecedente importante no sólo se necesita el reconocimiento de órganos estatales o internacionales, como es la Corte IDH, sino que debe existir el compromiso de los órganos del Estado en dar cumplimiento a las medidas de reparación otorgadas a las víctimas y sus familiares. Sin esto, la justicia queda a medias, o completamente en papel.

Bibliografía

Cedesca Aidh (2018): *Informe Preliminar sobre el estado de cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas por la Corte Idh*.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2014): *Violencia contra periodistas y trabajadores de medios: Estándares Interamericanos y prácticas nacionales sobre prevención, protección y procuración de la justicia.*

Comité para la Protección a Periodistas (1998): *Resúmenes por país: Colombia* citado en el peritaje de Carlos Lauría rendido durante la audiencia pública del presente caso. Disponible en: https://cpj.org/es/2004/07/resumenes-por-pais.php

Informe del Centro Nacional de la Memoria Histórica (2015): *La Palabra y el Silencio. La violencia contra periodistas en Colombia (1977-2015*). Disponible en: http://centrodememoriahistorica.gov.co/micrositios/periodistas/pdf/la-palabra-y-el-silencio-violencia-contraperiodistas.pdf

El derecho a la salud de personas adultas mayores: comentario a la sentencia *Poblete Vilches y otros vs. Chile* de la Corte IDH

Magda Yadira Robles Garza
Academia IDH

SUMARIO: I. A manera introductoria: la relevancia histórica de la decisión. II. El caso ante la Corte Interamericana. 1. Hechos. 2. Derechos controvertidos. III. Respecto al derecho a la salud. 1. Determinación del contenido. 2. Estándares sobre el derecho a la salud aplicables a situaciones de emergencia médica. 3. Respecto al consentimiento informado en materia de salud. 4. Derecho a la protección a la salud en personas mayores. IV. Comentarios finales: ¿el artículo 26 de la Convención, una vía judicial interamericana de dos facetas para los DESCA?

I. A manera introductoria: la relevancia histórica de la decisión

Antes de comentar lo que aprecio es la relevancia histórica de la decisión de referencia, considero necesario precisar sobre el contenido obligacional del derecho a la salud en el ámbito interamericano. El derecho a la salud se encuentra previsto en el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Protocolo o Pss) en estos términos:

> "1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
>
> 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
>
> a. La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad.

b. La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado.

c. La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas.

d. La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole.

e. La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y

f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables."

Por otra parte, la protección que otorga la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención ADH) respecto a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) se encuentra prevista en el artículo 26 de dicho instrumento. La norma es objeto de debate en el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH, Corte San José o Tribunal interamericano) ya que en su configuración normativa alude al deber de *progresividad* de estos derechos.

En este sentido, el artículo 26 señala que es compromiso de los Estados partes adoptar las providencias, tanto a nivel interno como de cooperación internacional, para lograr *progresivamente* la plena efectividad de las normas económicas, sociales, de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA). Además, añade que estas acciones serán adoptadas en la medida de los recursos disponibles, ya sea empleando los medios legislativos u otros apropiados al caso.

Ahora bien, la Corte IDH, como se verá más adelante, recurre a diversas interpretaciones para proteger el derecho a la salud que van desde el ámbito interamericano (recientemente aplicando directamente los contenidos de la Carta de la OEA o el PSS) hasta instrumentos normativos internacionales como, por ejemplo, la

Observación General número 14 (Onu, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, E/C.12/2000/4, 11 agosto 2000, párr. 31).[1]

De lo anterior se desprende que la protección del derecho a la salud en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, específicamente, en la Corte Idh, no es un asunto nuevo. En efecto, en otros trabajos previos he sostenido (Robles 2016, 2018) que, desde finales de los años noventa, en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* (2 febrero 2001), la Corte Idh inició la construcción de la protección por la vía indirecta o por conexión de los Desca a partir de los derechos de la Convención Adh tales como la vida, la libertad e integridad personal previstos en los artículos 4 y 5 de la citada Convención.

Esta construcción jurisprudencial en materia de salud contempla temáticas de diversa índole: la protección a grupos vulnerables como niños, niñas y adolescentes infractores (Corte Idh, *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay,* 2 septiembre 2004), indígenas afectados en su dignidad y tradiciones culturales como en el asunto *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (Corte Idh, 27 agosto 2012).

También en los casos mexicanos en los cuales se condenó por los daños y sufrimientos ocasionados a los familiares de personas detenidas y desaparecidas (Corte Idh, *Radilla Pacheco y otros vs. México*, 23 noviembre 2009; Corte Idh, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26 noviembre 2010) y, en el caso de la menor

[1] El documento señala que el derecho a la salud comprende: un sistema de protección de la salud que brinde a todos iguales oportunidades para disfrutar del más alto nivel posible de salud; el derecho a la prevención y el tratamiento de las enfermedades, y la lucha contra ellas; el acceso a medicamentos esenciales; la salud materna, infantil y reproductiva; el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos; el acceso a la educación y la información sobre cuestiones relacionadas con la salud; la participación de la población en el proceso de adopción de decisiones en cuestiones relacionadas con la salud a nivel comunitario y nacional

indígena Rosendo Cantú y su hija, la Corte se pronunció respecto a la debida diligencia para el tratamiento de violencia sexual de mujeres (Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra vs. México*, 31 agosto 2010).

En temas de protección a migrantes y desplazados ha señalado los deberes de los Estados para proteger la salud de las personas, especialmente, debe brindarse salud y educación a los menores de edad y mujeres embarazadas (Corte IDH, *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, 24 octubre 2012; Corte IDH, *Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*, 27 abril 2012; Corte IDH, Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, 25 noviembre 2013; entre otros).

Otro grupo importante de asuntos se han ocupado de la protección a la salud de las personas privadas de su libertad en centros penitenciarios (Corte IDH, *Montero Aranguen (Retén de Catia) y otros vs. Venezuela;* 5 julio 2006; Corte IDH, *Tibi vs. Ecuador*, 7 septiembre 2004). También se ha ocupado de asuntos que involucran mujeres que han perdido la vida por falta de atención médica adecuada durante el cumplimiento de la pena a una persona enferma y en situación de discapacidad (Corte IDH, *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala,* 29 febrero 2016) o en su condición de detenida (Corte IDH, *De la Cruz Flores vs. Perú*, 18 noviembre 2004), o bien, por considerar la infertilidad como un asunto de falta de salud al aplicar los estándares de la Organización Mundial de la Salud (OMS) (Corte IDH, *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica,* 28 noviembre 2012); el derecho a la educación y la pérdida de la salud derivado de la discriminación sufrida por una niña infectada por el VIH/SIDA por transfusión sanguínea (Corte IDH, *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, 1 septiembre 2015).

Destaco también otro grupo de asuntos que se refieren específicamente a violaciones cometidas por personal de salud, por ejemplo, el asunto *Ximenes Lopes vs. Brasil* (Corte IDH, 4 julio 2006), concibió a la salud como un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos y la obligación del Estado, por tanto, consiste en el deber estatal de asegurar el acceso a

las personas a servicios esenciales de salud, particularmente en este asunto, para las instituciones mentales pertenecientes al sector público. En *Suárez Peralta vs. Ecuador* (Corte IDH, 21 mayo 2013: párr. 149); la Corte sostuvo el deber del Estado de prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, tanto públicas como privadas, en donde la responsabilidad puede surgir de la omisión en supervisar la prestación del servicio público, como la comprobación de las licencias o cédulas médicas (Corte IDH, *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador,* 22 noviembre 2007: párr. 119).

Otras sentencias protegieron el derecho a la salud por su vinculación con el deber del Estado de garantizar el derecho a la vida mediante el control y aplicación de los protocolos internacionales y médicos para los bancos de sangre (Corte IDH, *Gonzalez Lluy y otros* vs. *Ecuador*, 1 septiembre 2015), y en temas más recientes, como el que nos ocupa en esta sentencia, el consentimiento informado para los pacientes (Corte IDH, *I.V. vs. Bolivia*, 25 mayo 2017) en especial, para el caso de los adultos mayores (Corte IDH, *Poblete Vilches vs. Chile,* 8 marzo 2018).

El tema que quiero destacar ahora se refiere, precisamente, al cambio en la línea jurisprudencial hasta ahora sostenida por la Corte interamericana en cuanto al tratamiento del derecho a la salud. Me refiero al giro interpretativo que los jueces han hecho al considerar el derecho a la salud como un derecho autónomo y derivar esto a través del uso de argumentos de tipo evolutivo y sistemático para darle contenido y judicialización directa a este derecho.

Desde el asunto *Suárez Peralta vs. Ecuador* (Corte IDH, 21 mayo 2013) y, reiteradamente, en *Chinchilla Sandoval* vs. *Guatemala* (Corte IDH, 29 febrero 2016) y en *I.V. vs. Bolivia* (Corte IDH, 30 noviembre 2016) la minoría de los jueces sostuvieron posturas a favor de declarar la violación al derecho a la salud a través de la interpretación y aplicación directa del 26 convencional, para dar "oportunidad al Tribunal interamericano de aportar mayores elementos a los estándares interamericanos sobre la accesibilidad, los

ajustes razonables y la protección del 'derecho a la salud' de las personas con discapacidad privadas de la libertad." (Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer MacGregor, *Chinchilla Sandoval*: párr. 1).

El argumento principal, en mi parecer, para plantear su discrepancia con el entendimiento del fallo reside en lo siguiente. El tradicional análisis que ha realizado la Corte IIDH en otros asuntos que involucran aspectos del derecho a la salud, pero han sido reconducidos a la luz del derecho a la vida e integridad personal, resulta limitado, dado que estos dos derechos no incorporan específicamente obligaciones asociadas con el derecho a la salud, como la accesibilidad, la disponibilidad, la calidad y la aceptabilidad, o bien, la de adopción de ajustes razonables para garantizar el disfrute del derecho a la salud en el caso de las personas con discapacidad (Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer MacGregor, *Chinchilla Sandoval*: párr. 6).

Igualmente, en la sentencia dictada en el caso *I.V. vs. Bolivia* (Corte IDH, 30 noviembre 2016), el Juez Ferrer MacGregor se inclinó a manifestar que el asunto claramente involucraba el derecho a la salud, por lo que pudo haberse analizado a la luz del artículo 26 de la Convención ADH, en aplicación del principio *iura novit curia*. Distanciando el ejercicio interpretativo del tradicional enfoque de subsunción de derechos por la vía de la conexidad. Principalmente, porque, en su parecer, no abonaba al fortalecimiento de los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales, culturales o ambientales, especialmente en los tiempos actuales de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos (Corte IDH, Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer MacGregor, *I. V. vs. Bolivia*: párr. 1).

En su opinión, el enfoque desde los DESCA hubiera ayudado a clarificar aspectos de la sentencia, como la distinción entre el derecho de acceso a la información (artículo 13 de la Convención ADH) y la garantía de la accesibilidad de información como medio o instrumento para materializar el derecho a la salud (artículo 26

Convención ADH) (Corte IDH, Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer MacGregor, *I. V. vs. Bolivia*: párr. 5).

Precisamente, estos argumentos fueron empleados para plantear la sentencia que ahora nos ocupa. En tal sentido, su relevancia incide, en mi opinión, en dos aspectos: por un lado, reitera la consideración de la protección del derecho a la salud como derecho autónomo a partir de la interpretación del artículo 26 de la Convención y, por otro, incurre en la protección de un grupo vulnerable: los adultos mayores. Veamos en detalle los argumentos vertidos por los jueces en la sentencia.

II. El caso ante la Corte Interamericana

1. *Hechos*

El 26 de agosto de 2016 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) sometió a la jurisdicción de la Corte IDH el caso *Poblete Vilches y otros* contra la República de Chile.[2]

De acuerdo con las alegaciones de la Comisión IDH el asunto tiene que ver con la responsabilidad de Chile por las acciones y omisiones que tuvieron lugar entre el 17 de enero y el 7 de febrero de 2001, fechas en las que el señor Vinicio Antonio Poblete Vilches, en su calidad de adulto mayor, ingresó en dos ocasiones al Hospital público Sótero del Río, donde falleció el 7 de febrero de 2001.

[2] La petición ante la Comisión IDH tiene fecha de 15 de mayo de 2002 la presentaron los hijos y esposa por responsabilidad internacional de Chile en relación con la muerte de Vinicio Poblete Vilches el 7 de febrero de 2001 en un hospital público en Santiago de Chile. El 19 de marzo de 2009 la Comisión aprobó el Informe de Admisibilidad el asunto. El 13 de abril de 2016 la Comisión aprobó el Informe de Fondo No. 1/16 con el que se llegó a una serie de conclusiones –entre ellas la responsabilidad del Estado- y se formularon recomendaciones al Estado (Corte IDH, *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 8 marzo 2018: párr. 2). El Informe de Fondo fue notificado al Estado el 27 de mayo de 2016, dándole un plazo de 6 meses para dar contestación, pero no hubo ninguna respuesta. Por tanto, el caso llegó a la Corte IDH, el 26 de agosto de ese mismo año por la totalidad de los hechos y violaciones de derechos humanos descritos en el Informe de Fondo y solicitó las medidas de reparación que se detallan en el Capítulo VIII de la sentencia en comento.

Los más relevantes elementos que dan sustancia al caso en materia de derechos humanos son, en mi parecer, los siguientes:

a) la falta de consentimiento informado para la toma de decisiones en materia de salud. Hay dos momentos en los que el personal de salud del hospital omitió obtener dicho consentimiento informado. El primero, en el marco del procedimiento médico durante el primer ingreso; y el segundo, cuando se tomó la decisión de mantenerlo en "tratamiento intermedio" en las horas anteriores a su muerte en el segundo internamiento al hospital.

b) la falta de tratamiento intensivo que requería en el segundo ingreso al hospital y que, de las investigaciones realizadas a nivel interno del hospital, se deduce que no fueron realizadas con la debida diligencia y en un plazo razonable.

Las víctimas son, además de la víctima directa el señor Vinicio Poblete Vilches, su esposa, Blanca Tapia Encina (fallecida) y sus tres descendientes: Gonzalo Tapia (fallecido), Vinicia y Cesia Poblete Tapia.

Las actuaciones de los familiares ante los órganos de justicia estatales fueron en dos vertientes. Por un lado, la esposa (Blanca Tapia) y la hija Cesia Poblete Tapia presentaron denuncias criminales por el delito culposo de homicidio contra los médicos y/o practicantes del Hospital Sótero del Río (Corte IDH, *Poblete Vilches*: párr. 59). Sin embargo, desde el 12 noviembre de 2001 al 23 de mayo de 2007, el médico no había sido arrestado ni la causa concluida. Por lo que el 7 de octubre de 2005, el hijo del señor Poblete Vilches, presentó otra querella en contra de quien resulte responsable por el homicidio de su padre. En este asunto, se citaron a declarar a los médicos, las hijas, la médica tratante de forma privada, así como peritos que confirmaron que "las condiciones de edad avanzada, patologías pre-existentes y múltiples factores de riesgo, precipitaron su fallecimiento a pesar de las medidas médicas terapéuticas recibidas" (Corte IDH, *Poblete Vilches*: párr. 69).

En enero de 2007 los familiares del señor Poblete solicitaron la reapertura del sumario ya que la investigación carecía de importantes antecedentes relacionados con la causa y se solicitó nuevamente la exhumación del cadáver del señor Poblete y poder así clarificar su muerte (Corte IDH, *Poblete Vilches*: párr. 72). Sin embargo, este expediente a pesar de haberse activado, en 2008 se declaró cerrado el sumario y se dictó sobreseimiento a la causa. El caso llegó a la Corte Suprema de Justicia, quien solicitó el expediente al juzgado. Entre los años 2008 y 2015 el hijo del señor Poblete presentó varias solicitudes para que la Corte Suprema interviniera en la investigación, pero fueron rechazadas por la Presidencia del máximo tribunal en Chile, por carecer de facultades para conocer del asunto porque estaba concluido por las instancias competentes (Corte IDH, *Poblete Vilches*: párr. 79).

El sometimiento del caso por la Comisión fue notificado por la Corte IDH, a las representantes de las víctimas y al Estado el 17 de octubre de 2016. Posteriormente, luego de la presentación de escrito de solicitudes y argumentos de las defensoras interamericanas el Estado dio contestación el 12 de abril de 2017 al Informe de Fondo e hizo una declaración parcial de responsabilidad internacional. El Presidente de la Corte IDH, fijó la fecha para Audiencia Pública el 19 de octubre de 2017 en la ciudad de Panamá, donde se escucharon los testimonios del señor Vinicio Poblete Tapia (hijo de la presunta víctima directa), del testigo Rodrigo Avendaño y de dos peritos expertos. El 20 de noviembre las partes presentaron alegatos finales de manera escrita y la Comisión presentó observaciones también por escrito. Finalmente, el 5 de marzo de 2018 la Corte IDH, inició las deliberaciones del caso en la que se emitió la sentencia que se analizará enseguida.

2. *Derechos controvertidos*

Tanto las representantes de las víctimas como la Comisión IDH coincidieron en solicitar a la Corte IDH declarar la responsabilidad del Chile por la violación de los artículos de la Convención ADH:

a) Artículo 4.1 (Derecho a la vida);

b) Artículo 5. 1 (Derecho a la integridad personal);

c) Artículo 26 (Progresividad de los DESCA);

d) Artículo 8 (Garantías judiciales);

e) Artículo 25 (Protección judicial);

f) Artículo 13.1 (Libertad de pensamiento y expresión), y

g) Artículo 7 (Libertad Personal).

Por su parte, el Estado chileno asumió la responsabilidad de los siguientes hechos:

> "a) La decisión de la alta médica;
> b) El reingreso al Hospital del señor Poblete Vilches y la falta de diligencia del Estado durante su hospitalización, relacionada con las medidas que se debieron tomar para hacer frente a su situación, la falta de camas disponibles en el hospital y el hecho de que el señor Poblete Vilches no fue trasladado a otro Hospital;
> c) Las falencias relativas al consentimiento informado en relación con la intervención quirúrgica y
> d) Que las actuaciones de las autoridades judiciales no fueron llevadas a cabo en un plazo razonable" (Corte IDH, *Poblete Vilches*: párr. 27).

En ese sentido, el reconocimiento de responsabilidad parcial de Chile derivó en la violación a los siguientes derechos:

> "a) Derecho a la integridad personal y el derecho a la salud, en relación con el artículo 1. 1 de la Convención ADH en perjuicio del señor Poblete Vilches;
> b) Derecho al acceso a la información en materia de salud en conexión con los derechos a la vida, integridad personal y salud, en perjuicio del señor Poblete Vilches y sus familiares;
> c) Derechos a la dignidad y a la autodeterminación del señor Poblete Vilches, pero no de sus familiares;

d) Derecho a las garantías judiciales y protección judicial en cuanto al incumplimiento de la obligación de desarrollar su actuación jurisdiccional en un plazo razonable, pero no respecto de la debida dirigencia" (Corte IDH, *Poblete Vilches*: párr. 16).

III. Respecto al derecho a la salud

1. *Determinación del contenido*

En este asunto es importante señalar que la Comisión IDH no alegó la violación autónoma del derecho a la salud. Sin embargo, en el documento de observaciones finales escritas, señala que se "trata de una oportunidad para abordar supuestos de responsabilidad estatal derivados de deficiencias estructurales en hospitales públicos" (Corte IDH, *Poblete Vilches*: párr. 85). Y también expresó que el caso plantea una posibilidad de analizar situaciones de vulnerabilidad en el acceso a los servicios de salud tratándose de personas adultas mayores, así como la situación de pobreza y la aplicación del principio de igualdad y no discriminación (Corte IDH, *Poblete Vilches*: párr. 85).

Por su parte, los representantes alegaron la violación directa del derecho a la salud y el derecho a la seguridad social, previstos en la norma 26 de la Convención ADH, de manera autónoma. Para lo cual, la cita de la interpretación hecha en el caso *Lagos del Campo vs. Perú* (Corte IDH, 31 agosto 2017) y posteriormente en *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú* (*Corte Idh*, 23 noviembre 2017) en la que se derivó la aplicación directa del derecho al trabajo y la estabilidad en el empleo, se hace de manera análoga en el presente asunto.

Por el Estado, aunque reconoció la alusión al derecho a la salud en su reconocimiento parcial de responsabilidad, no asume la violación del artículo 26 de la Convención, ya que no se puede probar el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas progresivas de los derechos señalados como vulnerados. Y en los alegatos finales trajo al debate el argumento más fuerte, en mi opinión, respecto

a la falta de justiciabilidad directa de los DESCA en la Corte IDH, es decir, Chile indicó que la Convención no reconoce la competencia de la Corte IDH, para aplicar el artículo 26 en forma directa, debiendo respetar la competencia señalada en la propia Convención.

Por su parte, el Estado sostuvo que no es responsable de la violación al derecho a la vida, pues tomó las medidas que estaban a su alcance para salvaguardar la vida del señor Poblete y afirmó que no hay forma que se demuestre que con algún tratamiento diferente al proporcionado el señor Poblete hubiera sobrevivido (Corte IDH, *Poblete Vilches*: párr. 98).

La decisión de la Corte IDH, en este asunto puede considerarse de histórica en varios sentidos, pero sin duda, me parece que el más trascendente desde la perspectiva de los derechos humanos es aquél que se vincula con la declaración autónoma de la violación al derecho a la salud a partir del contenido de la norma prevista en el artículo 26 de la Convención ADH.

Para llevar a cabo esto, la sentencia la analizo en dos momentos: primero, se aviene de competencia para aplicar directamente el artículo 26 de la Convención y, segundo, de dicho precepto sustrae y dota de contenido autónomo a los derechos que se derivan de las normas de la Carta de la OEA, entre ellas, desprende el derecho a la protección de la salud.

Si bien es cierto que fue el caso *Lagos del Campo vs. Perú* (Corte IDH, 31 agosto 2017) el asunto en el que la Corte de San José desarrolla y concreta por primera vez una condena específica de forma autónoma del artículo 26 citado (el derecho al trabajo y la estabilidad del empleo), esta nueva línea jurisprudencial interamericana en materia del derecho a la salud se sostiene en la sentencia a través de las siguientes argumentaciones.

Primera, se reitera la competencia para conocer y resolver controversias en las que se discuta el articulo 26 como parte integrante

de los derechos de la Convención ADH. En este sentido, interpreta que la Convención ADH incorpora en su catálogo de derechos los DESCA a través de la norma 26, la cual refiere a los derechos que deriva de la Carta de la OEA.

Por otro lado, se reitera la interdependencia de los derechos civiles y políticos con los económicos, sociales, culturales y ambientales, sin jerarquía y exigibles en todos los casos.

Tercera, a partir de la interpretación del artículo 29 de la Convención, en lo que atañe a la prohibición de limitar o excluir el goce de los derechos establecidos en la Declaración Americana y los derechos reconocidos de manera interna en los Estados.

Cuarta, a partir del argumento sistemático, construye la idea de un *corpus iuris* internacional y nacional en la materia para dotar de contenido específico al alcance de los derechos titulados en la convención y derivar con ello, el alcance de las obligaciones de los Estados (Corte IDH, *Poblete Vilches:* párr. 103).

Quinta, deduce del contenido de la norma 26 dos obligaciones: las medidas adoptadas de manera progresiva y por otro, la adopción de medidas de carácter inmediato. Respecto a las primeras se impone el deber de no regresividad frente a la realización de derechos alcanzados. Respecto a las segundas, son medidas que deben ser eficaces para garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. De acuerdo con el Comité DESC de Naciones Unidas, Observación general número 3, dichas medidas deben ser adecuadas, delibradas y concretas en aras de la plena realización de los derechos.

Segundo elemento de análisis: ¿Cómo deriva la Corte IDH el derecho a la salud de manera autónoma en el presente caso?

De la sentencia, la Corte IDH deriva contenido al derecho a la salud de los siguientes instrumentos:

Carta de la Oea, en los artículos 34.i y 34.l "entre los objetivos básicos del desarrollo integral, el de la defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica" así como de las condiciones que hagan posible una vida sana, productiva y digna. Y del artículo 45.h que destaca que "toda persona sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones mediante la aplicación de principios y mecanismos" entre ellos, el "h) desarrollo de una política eficiencia de seguridad social." (Corte Idh, *Poblete Vilches:* párr.106)

De la Declaración Americana. Se integra la Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre (Daddh) en la interpretación de la Carta de la Oea, como lo sostuvo en la OC-10/89, el artículo 29 de la Convención dice que no se puede interpretar la Convención en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Daddh y otros actos internacionales de la misma naturaleza

El articulo XI de la Daddh identifica el derecho a la salud al decir que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

De la legislación interna de Chile: Constitución chilena vigente, artículo 19, inciso 9: "asegurar a todas las personas el derecho a la protección de la salud, protegiendo el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo" (Corte Idh, *Poblete Vilches:* párr.112)

Corpus iuris internacional sobre el derecho a la salud.

Artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención ADH

Artículo 17 de la Carta Social de las Américas

Artículo 11 de la Carta Social Europea

Artículo 16 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, entre otros.

Observación General No. 14 del Comité DESC de ONU

2. *Estándares sobre el derecho a la salud aplicables a situaciones de emergencia médica*

El Tribunal interamericano en 2006 en el asunto *Ximenes Lopes vs. Brasil* (Corte IDH, 4 julio 2006) sostuvo que la obligación general se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación medica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población (Corte IDH, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, párrs. 118 y 128).

El estándar de atención en urgencias médicas, lo obtiene de la Observación General **n**úm. 14 del Comité DESC, párr. 12 los cuales son: calidad, accesibilidad, disponibilidad y aceptabilidad; criterio que ha sido aplicado en otros asuntos previos como en *Suárez Peralta vs. Ecuador* (Corte IDH, *Suárez*: párr. 152) **y** *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* (Corte IDH: *Gonzales*: párr. 235).

En vista de este criterio, la sentencia señala que, para efecto de las prestaciones médicas de urgencia, los Estados deben garantizar un mínimo de estándares, entre los cuales, se encuentran descritos la *calidad*, es decir, se debe contar con la infraestructura adecuada y necesaria para satisfacer las necesidades básicas y urgentes.

Aquí se incluyen las herramientas o soporte vital, así como recurso humano calificado para responder a las urgencias médicas; *accesibilidad* se refiere a los establecimientos, bienes y servicios de emergencias de salud deben ser accesibles a todas las personas; respecto a la *disponibilidad*, se debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como programas integrales y respecto a la *aceptabilidad*, refiere al respeto a la ética médica y los criterios culturales, perspectiva de género y las condiciones de vida del paciente; se incluye también el derecho a ser informado sobre el diagnóstico y tratamiento y el respeto a su voluntad (Corte Idh, *Poblete Vilches:* párr. 121).

Respecto al aspecto de accesibilidad, la Corte Idh incorpora la obligación de dar un trato igualitario a todas las personas que accedan a los servicios de salud, es decir, de conformidad con la Convención no se permite la discriminación "por motivos de raza, color, sexo, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

En este sentido, para incorporar otras categorías que no están explícitamente indicadas, como la edad, que es una categoría protegida, afirma que la prohibición de discriminación relacionada con la edad cuando se trata de personas adultas mayores, se encuentra tutelada por la Convención (Corte Idh, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 24 febrero 2012: párr. 122) porque la prohibición de discriminar no es un listado limitativo sino meramente enunciativo al decir: "cualquier otra condición social". La Corte reiteró este criterio al pronunciarse para proteger la situación de menores de edad y en situación de discapacidad (Corte Idh, *Furlán y familiares vs. Argentina,* 31 agosto 2012: párr. 267).

3. *Respecto al consentimiento informado en materia de salud*

En este tema, las deficiencias apuntadas por la Comisión Idh como por las representantes de las víctimas apuntan a tres aspectos esenciales para el consentimiento informado. Primero, la construc-

ción del expediente médico, en él no se encuentran contenidos mínimos para entender que tanto la víctima directa como sus familiares comprendieron lo que estaba sucediendo y recibieron la información concreta. En este sentido, el derecho de acceso a la información para elegir los servicios médicos que le serían practicados al señor Poblete no se dio en este asunto.

Segundo, la constancia médica para autorizar el procedimiento fue falsificada, como se comprobó de las periciales y la incongruencia en su contenido. Y tercero, la falta de consentimiento informado con anterioridad a la realización de la intervención quirúrgica resulta violatoria a los derechos de autonomía personal y decidir libremente, previstos en los artículos 7 y 11 de la Convención ADH.

En este aspecto, destaca la posición del Estado chileno al asumir la responsabilidad de la violación del derecho a acceso a la información en materia de salud en perjuicio de la víctima directa, pero no de sus familiares. ¿Por qué? Porque consideró que la violación de estos derechos consagrados en el 7 y 11 convencionales no son aplicables a los familiares, sino que inciden en la esfera individual de cada persona sin que se puedan transmitir a otras (Corte IDH, *Poblete Vilches:* párr. 98).

No es aplicable el criterio seguido en el asunto *I.V. vs Bolivia*, ya que en éste asunto opera la figura de representación o sustitución para dar el consentimiento informado. En este sentido, el Estado argumentó "que la participación de estos en el proceso de comunicación se limita únicamente a brindar testimonio de lo que podría constituir la voluntad del paciente, previo a su estado de inconsciencia" (Corte IDH, Poblete Vilches: párr. 98).

El criterio sostenido por la Corte es que los prestadores de servicios deben informar al paciente sobre: evaluación del diagnóstico; objetivo, método, duración probable, beneficios, riesgos esperados del tratamiento propuesto; posibles efectos desfavorables del tra-

tamiento que se propone realizar; alternativas al mismo; posibles dolores o malestares, efectos secundarios; consecuencias de los tratamientos y, lo que se estima ocurrirá antes, durante y después del tratamiento (Corte Idh, Poblete Vilches: párr. 162).

En el caso se presentan dos situaciones distintas pero relacionadas con la temática: por un lado, la falta de consentimiento informado de los familiares sobre la primera intervención quirúrgica realizada al señor Poblete y; la falta de acceso a la información por los familiares en relación con el segundo ingreso. Por tanto, concluyó que el Estado violó el derecho a obtener información un consentimiento informado y acceso a la información en materia de salud de conformidad con el artículo 26, 13, 11 y 7 de la Convención Adh, es decir, los artículos relacionados con la progresividad de los Desca (artículo 26); la libertad de pensamiento y de expresión, este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección; el derecho a la honra y dignidad (artículo 11) y el derecho a la libertad personal (artículo 7).

4.*El derecho a la protección de la salud en personas mayores*

Es importante señalar que, si bien la sentencia que se analiza tiene la particularidad de declarar la violación del derecho a la salud de manera autónoma por vez primera en las sentencias de la Corte Idh, también reviste una doble singularidad, es decir, se convierte en la sentencia que por primera ocasión de manera específica se pronuncia por los derechos de las personas mayores en materia de salud. En otras palabras, la sentencia acomete el doble propósito de protección de un derecho humano como es el derecho a la salud vinculado a una categoría vulnerable como es la de personas adultos mayores.

Para ello acude a un catálogo mínimo de derechos humanos referidos a la protección de las personas adultas mayores en todos los

aspectos de su vida y en las mejores condiciones posibles, destacando como es el asunto, el derecho a la salud. En este sentido sostiene la sentencia que los adultos mayores requieren de medidas reforzadas y, por tanto, medidas diferenciadas. En lo que, respecto al derecho a la salud, el Estado tiene el deber de asegurar todas las medidas necesarias para alcanzar el mayor nivel posible de salud, sin discriminación.

Por ello, para el análisis del presente caso, la Corte se centra en analizar si las acciones u omisiones del Estado frente a la prestación de medidas de carácter básico y urgentes fueron las óptimas para tutelar la salud del señor Poblete. En tal sentido, concluye diciendo que las acciones y omisiones probadas en la causa, como la decisión de dar de alta tempranamente al señor Poblete, no fue pertinente; la falta de información a los pacientes sobre los cuidados que requería su familiar en su domicilio; respecto al segundo ingreso ante la situación de gravedad el antibiótico indicado no fue el adecuado; la falta de traslado a la unidad de cuidados intensivos y la ayuda del respirador eran vitales para su supervivencia; además de que se comprobó que no se le derivó a otros centro con capacidad operativa para brindar la atención que requería, lo que llevó a que en dos días el paciente falleciera sin que se le hubiera brindado el tratamiento adecuado (Corte Idh, *Poblete Vilches:* párr. 137).

En resumen, la Corte aplicó los estándares de calidad, disponibilidad, accesibilidad y aceptabilidad al caso en cuestión, es decir, un adulto mayor con patologías graves como la diabetes, hipertensión, arritmia, situación que lo hacía un paciente más vulnerable. En suma, el señor Poblete "requería de prestaciones de urgencia cuya dispensa de forma inmediata eran de carácter vital, todo lo cual se traduce en un acciones y omisiones que el sistema de salud pública de Chile no dispensó, por lo que dicha situación derivó en discriminación por su condición de persona mayor" (Corte Idh, *Poblete Vilches:* párr. 142).

En vista de estas conclusiones, la Corte sostuvo que el Estado chileno no garantizó al señor Poblete su derecho a la salud sin dis-

criminación, mediante servicios necesarios y urgentes en relación a su especial condición de vulnerabilidad como persona mayor y declara la violación del artículo 26 de la Convención en perjuicio de la víctima (Corte IDH, *Poblete Vilches:* párr. 143)

IV. Comentarios finales: ¿El artículo 26 de la Convención una vía judicial interamericana de dos facetas para la protección de los DESCA?

La declaración que hace la Corte interamericana en este asunto, como he repetido, es inédita, y si bien destaca una situación de emergencia médica de una persona adulta mayor, lo cierto es que no encuentro elementos suficientes que permitan que el Tribunal se aleje del criterio jurisprudencial establecido hasta antes de esta sentencia, según el cual, la Corte IDH condenó a la privación de la vida por actos y/u omisiones de los prestadores de servicios médicos, en situaciones similares en los casos mencionados con anterioridad. Amén, del tema del derecho al consentimiento informado, tema del que la sentencia confirma lo ya establecido en cuanto al derecho a tener información y a otorgar consentimiento en materia de salud. Por ahora quisiera verter algunas reflexiones en torno a mi postura sobre esta sentencia.

Los jueces interamericanos emplean la aplicación de los estándares internacionales en situaciones de urgencia médica para determinar si su (in) cumplimiento en la situación que presentó la víctima en este asunto; con ello no debe perderse de vista que el resultado –a juicio de la Corte–, de dichas omisiones o acciones derivaron en la muerte de la persona. Dichos estándares son parte de la OG 14 del Comité DESC de ONU en materia de salud y, de ahí derivar una falta grave en materia sanitaria para casos de urgencia médica, como lo fueron las intervenciones practicadas al señor Poblete.

Sin embargo, me parece que la sentencia llega a las mismas conclusiones: si de las consecuencias de esta mala práctica médica

se deriva la violación al derecho a la vida; es decir, aplicando los mismos criterios internacionales la consecuencia producida es la misma: la pérdida de la vida. En mi parecer, el caso debió seguirse por la violación al derecho a la vida previsto en el artículo 4 de la Convención y su relación con el derecho a la integridad personal previsto en el 5 convencional.

En tal sentido, estaría apoyando la opinión del Juez Antonio Sierra Porto al señalar que la sentencia "asume una posición consecuencialista que funde –y confunde– la afectación a la integridad y la vida del señor Poblete Vilches, con la violación a su derecho a la salud" (Corte Idh, Voto concurrente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto, *Poblete Vilches vs. Chile*, 8 marzo 2018: párr. 9).

Aún más, el argumento que las omisiones y fallas en la atención médica de urgencia a la víctima trajeron como consecuencia la muerte, incide directamente en la pérdida de la vida, no el deterioro de su salud, la cual ya estaba en grave situación al momento de la primera cirugía. En todo caso, lo que resulta lamentable y creo que pesó en el ánimo de los jueces fueron las graves dolencias llevadas a cabo por el equipo médico: falla en el diagnóstico inicial; falta de consentimiento en la primera intervención; falsificación de firmas en los documentos médicos del consentimiento informado; la negativa a darle un respirador; falta de camas en la unidad de cuidados intensivos; todos estos elementos agravan sin duda, la situación de enfermedad de una persona adulta mayor. Pero insisto, no son, en mi parecer, elementos para llevar a conceder que la falta de estos trajo consecuencias en la salud; sino al contrario, trajeron la pérdida de la vida.

Por otro lado, la afirmación de la Corte Idh en el sentido de que "la edad del señor Poblete Vilches, como categoría protegida de la no discriminación, resultó ser una limitante para que recibiera la atención médica requerida" (Corte Idh, *Poblete Vilches:* párr. 175), me parece que incurre en una falacia evidente; pues del expediente y las pruebas presentadas durante las audiencias, no se

desprende que las acciones y omisiones del sistema de salud chileno fueran conducidas en su carácter de adulto mayor. Más bien, me parece que lo que queda claro en la sentencia es que los servicios de salud brindados al señor Poblete fueron deficientes, así como la negligencia asumidas en el segundo ingreso que lo llevaron a la muerte, como el no transferirlo a otro centro médico; el negarle un respirador; entre otras ya señaladas, condujeron a las consecuencias que ya conocemos.

Pero insisto, no encuentro una forma de derivar de la falta de garantía en los servicios de salud la edad como limitante para que recibiera tal atención médica requerida. En todo caso, sí una situación agravante, pues las condiciones críticas de sus padecimientos aunado a su edad, sí pueden constituir un elemento a ser tomado en cuenta en la situación de urgencia médica que requería. Es decir, si debe atenderse un enfermo en tales condiciones patológicas, con mayor razón, debe procurarse la atención médica de una persona adulta mayor. Pero no derivar una situación de discriminación de la negligencia o descuidos médicos.

Finalmente, quiero puntualizar en un aspecto que no fue referido en la sentencia en comento y que se describe en la interpretación de la norma 26 de la Convención: la *progresividad* de los Desca. En otros trabajos se ha advertido (Abramovich y Rossi 2007: 42; Robles 2018) que el artículo 26 citado hace referencia a dos aspectos sobre el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales que se deriven de la Carta de la Oea, respecto de los cuales los Estados tienen el deber de hacerlos efectivos progresivamente y; segundo, en la medida de las posibilidades presupuestales. Me referiré solamente sobre el primer aspecto. La *progresividad* ha sido entendida, incluso por la misma Corte Idh en asuntos previos (Corte Idh, *Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú*, 1 julio 2009) a través de la interpretación del Comité Desc de Onu, es decir, los estados no deben imponer medidas regresivas en detrimento de los derechos señalados.

En tal sentido, la reflexión que me invita a hacer la sentencia tiene que ver con este aspecto: ¿las acciones u omisiones imputables al Estado chileno en la persona del señor Poblete pueden considerarse como medidas regresivas frente al derecho a la salud? Es decir, ¿la consideración de esta sentencia y otras que refieran a DESCA vistos de manera autónoma deben ser considerados en una faceta individual? O bien, como en otros asuntos la Corte IDH sostuvo que la interpretación del numeral 26 tenía que hacerse en su faceta colectiva, es decir, considerando si las medidas del Estado implicaran transgresiones a una buena parte de la población y no en lo individual (Corte IDH, *Cinco Pensionistas vs. Perú,* 28 febrero 2003).

Me parece que si enfocamos el análisis de los casos en uno u otro sentido podría llevar a identificar cuándo las acciones u omisiones del Estado en materia de salud o asistencia sanitaria puedan implicar violaciones a la vida e integridad de una persona o bien, a la pérdida de la vida. En tal perspectiva, la faceta individual del derecho a la salud pudiera, en el supuesto de aceptarse tal posibilidad, entenderse como la aplicación directa del derecho a la salud a una persona, a partir de los artículos 4 o 5 en relación con el 26 de la Convención.

En otro sentido, si el análisis de la Corte IDH se hace evaluando la política pública de salud (o de otro DESCA) es contraria al deber de *progresividad* de estos derechos violentando el deber impuesto directamente por el 26 de la Convención a los Estados, que parecía hasta ahora la línea fijada por el Tribunal interamericano. Sin embargo, la nueva línea jurisprudencial no debe verse como una desviación interpretativa, sino simplemente, me parece que requiere de ciertas precisiones para determinar los alcances de la protección del derecho a la salud –y otros derechos económicos, sociales o culturales, en el sistema interamericano.

Un último apunte en materia de reparaciones. Como es conocido, la Corte de San José ha elaborado la doctrina de la reparación integral en los 40 años de funcionamiento, a través de un sistema

de medidas tanto de indemnización como de rehabilitación, satisfacción, garantías de no repetición, que han permitido reformas en los sistemas normativos internos, establecimientos de protocolos, estándares y programas de capacitación en materia de derechos humanos, entre otros importantes logros de la justicia interamericana.

La sentencia *Poblete Vilches vs. Chile* sigue esta tradición de fijar medidas de reparación integral, sin embargo, destaco las garantías de no repetición (Corte IDH, *Poblete Vilches*: párrs. 237-241) establecidas en la sentencia:

a) Capacitación dirigidos al personal de salud y seguridad social sobre el adecuado trato a las personas mayores en materia de salud desde la perspectiva de los derechos humanos;

b) El Hospital donde fue atendido el señor Poblete debe contar con los medios de infraestructura indispensables para brindar atención adecuada, oportuna y de calidad a sus pacientes, en especial, a los adultos mayores;

c) Crear un hospital especializado en el trato médico a adultos mayores;

d) Establecimiento de una Cartilla sobre Personas Mayores, que señale sus derechos en relación con la salud de acuerdo con loso estándares internacionales;

e) Diseñar una política general de protección integral a las personas adultas mayores en un plazo de 3 años.

Sin duda, el establecimiento de estas garantías de no repetición basadas principalmente, en evitar que las acciones u omisiones del sistema de salud en un Estado se repitan en la población y, avizorar una forma de establecer la prestación de los servicios de salud desde la perspectiva de los derechos humanos. En tal sentido, me parece que la sentencia reúne (y distorsiona) ambas facetas del derecho a la salud que no han quedado explicitadas en la misma. Me

explico. Por un lado, las medidas de indemnización, rehabilitación para los familiares de la víctima que perdió la vida enfocan una tutela individual del derecho a la salud; por otro lado, las medidas como las garantías de no repetición están orientadas al mejorar o establecer (si no existe) una política pública de un servicio de salud orientado a personas adultas mayores.

En este sentido, sin dejar de ver lo inestimable de la medida, caben muchas preguntas, como, por ejemplo, ¿cómo podría evaluarse la progresividad de tales medidas implementadas por el Estado chileno en este caso; ¿bajo qué criterios objetivos y de racionalidad se puede medir el avance o retroceso de estas medidas de política pública por la Corte interamericana? O bien, ¿cómo podría configurarse jurisprudencia interamericana respecto al deber de los estados a seguir esta medida prestacional, por ejemplo, en México?

Bibliografía

Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta (2007): "La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 9, número especial, 34-53.

Courtis, Christian (2005): "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar, Arturo (Coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo IX, Unam, Impdc, Marcial Pons, México, 361-438.

Robles, Magda Yadira (2018): "Estudio Introductorio: La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: dos lecturas en el Sistema Interamericano de Derechos

Humanos", en *Sentencias relevantes en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Ríos Vega, Luis y Spigno, Irene (dirs.) Tirant Lo Blanch, Academia IDH, México, 43-88.

Robles, Magda Yadira (2016): "La protección del derecho a la salud en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014), en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 35, julio-diciembre 2016, 199-246.

¿Es posible quemar una fotografía de lo Reyes de España?
Stern Taulats y Roura Capellera vs. España

Fernando Gustavo Ruz Dueñas
Academia Idh

Sumario: I. Hechos. II. Derecho violentado y argumentos de las partes. III. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los límites a la libertad de expresión. 1. El hombre político y la protección al Jefe de Estado. 2. La libertad de expresión y la quema de fotografías. 3. El caso norteamericano. IV. A modo de conclusión.

I. Hechos

El 13 de septiembre de 2007 se llevó a cabo una manifestación en la ciudad de Girona –capital de la provincia homónima– para protestar por la visita institucional del rey de España. Terminada la manifestación, se sucedió una concentración de gente en la Plaza de Vino. Ahí, Enric Stern Taulats y Jaume Roura Capellera quemaron una fotografía de gran tamaño de los Reyes de España colocada boca abajo en el centro de la plaza. Como consecuencia de estos hechos, el Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional los condenó por el delito de injurias contra la Corona el 9 de julio de 2008. Como castigo les fue impuesta una multa de 2,700 euros sustitutiva de la pena de prisión.

Los demandantes recurrieron esta decisión ante el Tribunal Constitucional denunciando una violación en su perjuicio de los derechos a la libertad de expresión y opinión protegidos por la Constitución española. El Tribunal Constitucional resolvió el 22 de julio de 2015 no amparar a los quejosos, considerando que los mismos habían exhortado al odio y a la violencia contra el Rey y la monarquía. Así el Tribunal señaló que "quemar públicamente el retrato de los Monarcas es un acto no solo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son mere-

cedores de exclusión y odio (Tribunal Edh, *Stern Taulats y Roura Capellera vs. España*, 13 marzo 2018: párr. 14).

II. Derecho violentado y argumentos de las partes

Los demandantes alegaron ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante Tribunal Edh o Tribunal europeo) la violación por parte del Estado español del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[1] (en adelante Convenio o Convenio Edh). Lo anterior, pues en sus términos la sentencia que los declaró culpables por los hechos acontecidos durante la concentración en la Plaza de Vino constituye una vulneración injustificada de su derecho a la libertad de expresión.

Así, mientras el Gobierno español sostuvo que los tribunales nacionales tomaron debidamente en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Edh en materia de *discurso de odio* para condenar a los señores Stern y Roura; ellos alegaron que sus condenas no eran ni proporcionales ni "necesarias en una sociedad democrática" (Tribunal Edh, *Stern Taulats y Roura Capellera*: párr. 27). Además, sostuvieron que el uso de símbolos en el marco de un acto político es un acto protegido por la jurisprudencia del Tribunal Edh en materia de liberad de expresión.

III. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los límites a la libertad de expresión

El Tribunal Edh se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la situación especial en la que se encuentra el hombre político con respecto de los particulares. Para el primero los límites de la crítica admisible dentro del debate público son más amplios al exponerse inevitable y conscientemente al control de sus acciones por los periodistas y los ciudadanos. Por otra parte, existen precedentes bajo el contenido del derecho a la libertad de expresión de la quema de fotografías de líderes políticos o símbolos nacionales dentro de ma-

[1] Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 1950.

nifestaciones. Ambos elementos fueron utilizados por el Tribunal EDH para resolver el caso en comento.

A continuación, se realizará un breve análisis de los casos que precedieron a la resolución *Stern Taulats y Roura Capellera vs. España*. Lo anterior, para ubicar a la presente decisión dentro de la construcción que el mismo Tribunal ha hecho sobre los límites a la libertad de expresión contenida en el artículo 10 del Convenio EDH.

1. El hombre político y la protección al Jefe de Estado

El primer precedente que se trae a colación es el caso *Colombani y otros vs. Francia* resuelto el 25 de junio de 2002. El caso versa sobre las publicaciones realizadas por dos ciudadanos franceses en el diario *Le Monde* en donde se cuestionaba la voluntad de las autoridades marroquíes –incluyendo al rey de Marruecos– de luchar en contra del crecimiento del tráfico de *hachís* desde el territorio marroquí. Los periodistas fueron demandados por el rey de Marruecos y condenados por el delito de ofensa proferida contra un jefe de Estado extranjero. Los tribunales franceses consideraron que los periodistas habrían actuado de mala fe al momento de realizar la publicación (Tribunal EDH, *Colombani y otros vs. Francia*, 25 junio 2002).

El caso fue resuelto por el Tribunal EDH, el cual sostuvo que los ciudadanos franceses tenían el derecho legítimo a informarse sobre un problema vinculado a la producción y el tráfico de drogas en un país candidato a la adhesión a la Unión Europea como lo era Marruecos; además de considerar que no existían motivos suficientes para determinar que los periodistas habían actuado de mala fe. Así el Tribunal europeo determinó que el derecho a la libertad de expresión, en el caso concreto, se encontraba por encima de la protección de la reputación y de los derechos del rey de Marruecos; y que el régimen especial de protección previsto por la ley para los Jefes de Estado extranjeros atentaba contra la libertad de expresión (Tribunal EDH, *Colombani y otros*: párr. 69).

Bajo la misma línea, en el caso *Otegi Mondragón vs. España,* la víctima demandó al Estado español por la decisión del Tribunal Supremo que lo declaraba culpable de injurias graves al Rey al pronunciarse en una rueda de prensa sobre un acto público en el cual el Rey de España participaría en conjunto con el presidente del gobierno del País Vasco. A la letra la víctima expresó: "¿Cómo es posible que se fotografíen hoy en día en Bilbao con el Rey español, cuando el Rey español es el jefe máximo del Ejército español, es decir, el responsable de los torturadores y que ampara la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia?" (Tribunal Edh, *Otegi Mondragón vs. España*, 15 marzo 2011: párr. 10). Alegó que la condena constituía un ataque injustificado a su derecho a la libertad de expresión.

Sobre el fondo del asunto, el Tribunal determinó que si bien, algunos términos del discurso del demandante describen un cuadro muy negativo del Rey como institución y dan al relato una connotación hostil, no incitaban a la violencia, y no se trataba de un discurso de odio. Además, al tratarse de expresiones pronunciadas en una rueda de prensa, se le privó al demandante de la posibilidad de reformularlas o retirarlas antes de que se hicieran públicas (Tribunal Edh, *Otegi Mondragón*: párr. 54).

En ese sentido, el Tribunal recordó en los términos de la sentencia *Colombani y otros vs. Francia*, que las disposiciones que conceden a los Jefes de Estado un nivel de protección más elevado que a otras personas o Instituciones respecto a la difusión de información u opiniones que les conciernen, y que prevé sanciones más graves para los autores de declaraciones injuriosas no se ajustan al espíritu del Convenio (Tribunal Edh, *Otegi Mondragón*: párr. 55). El Tribunal consideró que el hecho de que el Rey ocupe una posición de neutralidad en el debate político, una posición de árbitro y símbolo de la unidad del Estado, no podría ponerlo al abrigo de toda crítica en el ejercicio de sus funciones oficiales o como representante del Estado que simboliza, en particular para los que rechazan legítimamente las estructuras constitucionales de este Estado, incluido su régimen monárquico (Tribunal Edh, *Otegi Mondragón*: párr. 56).

Además, sobre la pena de prisión impuesta al demandante, el Tribunal sostuvo que las afirmaciones controvertidas se hicieron en el contexto de un debate sobre una cuestión que presentaba un interés público legítimo, situación que no podía justificar la imposición de una pena de prisión. Lo anterior, pues este tipo de sanciones produce inevitablemente un efecto disuasorio para el ejercicio de la libertad de expresión (Tribunal EDH, *Otegi Mondragón*: párr. 60). Por lo anterior, el Tribunal EDH consideró que la condena del demandante fue desproporcionada y declaró la violación del artículo 10 del Convenio EDH.

2. La libertad de expresión y la quema de fotografías

El caso del *Partido Demócrata Cristiano del Pueblo vs. Moldavia* contiene una connotación similar al asunto bajo análisis y es –además– un precedente importante en cuanto a la quema de fotografías y banderas en actos de protesta públicos dentro de la jurisprudencia del Tribunal EDH. La cuestión versó sobre la negativa de las autoridades de Moldavia en el otorgamiento de un permiso para realizar una manifestación pública en la Plaza de la Gran Asamblea Nacional al Partido Demócrata Cristiano del Pueblo con motivo del conflicto entre Moldavia y Rusia en *Transdniestria.*

Entre las razones que sustentaron la negativa de las autoridades para otorgar el permiso para la realización de la manifestación, se encuentran que los folletos distribuidos por el partido contenían eslóganes como *"Down with Voronin's totalitarian regime"* and *"Down with Putin's occupation regime"*; además de que durante una manifestación previa organizada por el partido demandante para protestar por la presencia del ejército ruso en *Transdniestria*, los manifestantes quemaron una imagen del Presidente de la Federación Rusa y una bandera rusa (Tribunal EDH, *Partido Demócrata Cristiano del Pueblo vs. Moldavia,* 2 febrero 2010: párr. 9).

El Tribunal realizó un análisis conjunto de las consignas contenidas en los folletos con los actos relativos a la quema de objetos y determinó que aquello debía entenderse como una expresión de

insatisfacción y protesta y no como un llamado a la violencia, incluso si están acompañados por la quema de banderas y fotografías de los líderes rusos. En el mismo sentido, el Tribunal determinó que la quema de banderas y cuadros son una forma de expresar una opinión con respecto a una cuestión de interés público, en el caso concreto la presencia de tropas rusas en el país. El Tribunal concluye que la libertad de expresión no solo se refiere a la expresión de *información* o *ideas* que se reciben favorablemente, sino también a aquellas que ofenden, conmocionan o perturban (Tribunal Edh, *Partido Demócrata Cristiano del Pueblo*: párr. 27).

3. El caso norteamericano

Por último, se trae a colación el caso de Estados Unidos, en donde existe una línea jurisprudencial clara sobre la protección de la quema de la bandera bajo la Primera Enmienda. Así, en los *casos Street vs. New York* (1969), *Texas vs. Johnhon* (1989) y *EE.UU. vs. Eichman* (1990) la Corte Suprema de los Estados Unidos se ha pronunciado respecto del amparo que el derecho a la libertad de expresión realiza a la quema de ese símbolo estadounidense (Climent 2016).

Así, me parece importante el pronunciameinto que hace el Tribunal norteamericano sobre el contenido de la Primera Enmieda:

> "si hay un principio fundamental en la Primera Enmienda, es que el Gobierno no puede prohibir la expresión de una idea simplemente porque la sociedad la encuentra ofensiva o desagradable. El castigo del ultraje a la bandera diluye la misma libertad que hace que este emblema sea tan reverenciado, y sea merecedor de tales reverencias" (Climent 2016).

IV. A modo de conclusión

Lo anterior expuesto ubica a la sentencia comentada como un caso integrador dentro de la jurisprudencia del Tribunal Edh por lo que hace en la unificación de los diversos criterios anteriores en uno nuevo que comprende directamente la quema de la fotografía

de algún Jefe de Estado –en este caso, los reyes de España– como un elemento protegido por el artículo décimo del Convenio EDH. A continuación, se presenta una tabla que resume los elementos más importantes de las sentencias analizadas dictadas por el Tribunal EDH y analizadas en el presente trabajo:

Tabla 1: Sentencias relevantes para el Tribunal EDH en el marco del derecho a la libertad de expresión, la protección a los Jefes de Estado y la quema de símbolos en manifestaciones

Sentencia	Año	Actos	Derecho	Resolución sede interna	Resolución Tribunal EDH
Colombani y otros vs. Francia	2002	Artículo periodístico sobre el rey de Marruecos	Artículo 10 (Libertad de expresión) del Convenio EDH	Condena por el delito de ofensa contra un jefe de Estado Extranjero	Condena al Estado por violación del artículo 10 del Convenio EDH
Otegi Mondragón vs. España.	2011	Declaraciones en rueda de prensa sobre visita del rey de España al País Vasco	Artículo 10 (Libertad de expresión) del Convenio EDH	Condena penal por el delito de injurias a la Corona	Condena al Estado por violación del artículo 10 del Convenio EDH
Partido Demócrata Cristiano del Pueblo vs. Moldavia.	2010	Quema de banderas y fotografías de Jefes de Estado	Artículo 11 (Libertad de reunión y asociación) del Convenio EDH	Negativa del permiso para realizar una manifestación pública en la Plaza de la Gran Asamblea Nacional	Condena al Estado por violación del artículo 11 del Convenio EDH
Stern Taulats y Roura Capellera vs. España	2018	Quema de una fotografía de los Reyes de España en un contexto de protesta social	Artículo 10 (Libertad de expresión) del Convenio EDH	Condena penal por el delito de injurias a la Corona	Condena al Estado por violación del artículo 10 del Convenio EDH

Fuente: Elaboración propia de acuerdo con las sentencias del Tribunal EDH: *Colombani y otros vs. Francia*, 25 junio 2002; Tribunal EDH, *Otegi Mondragón vs. España*, 15 marzo 2011; Tribunal EDH, *Partido Demócrata Cristiano del Pueblo vs. Moldavia,* 2 febrero 2010 y Tribunal EDH, *Stern Taulats y Roura Capellera vs. España*, 13 marzo 2018.

Con base en lo anterior, el Tribunal EDH resolvió que el acto por el cual fueron acusados los demandantes (*Taulats y Capellera*) se enmarcaron en el ámbito de la crítica política –y no personal– de la institución de la monarquía; además que la misma se realizó dentro del debate sobre la independencia de Cataluña y la crítica al Rey como símbolo de la nación española (Tribunal EDH, *Stern Taulats y Roura Capellera*: párr. 36).

Además, sobre el hecho de que se utilizara el fuego y una fotografía de gran tamaño que estaba colocada boca abajo en el centro de la Plaza, el Tribunal señaló que estos tres elementos tenían una relación clara con la crítica política expresada por los demandantes, pues el recurso del fuego y la colocación boca abajo expresan un rechazo radical a la "efigie del Rey como Jefe del aparato estatal", además de que el tamaño de la misma se encontraba dirigida a asegurar la visibilidad del acto en cuestión (Tribunal EDH, Stern Taulats y Roura Capellera: párr. 38).

El Tribunal no consideró que, a través de la realización de este acto, los demandantes pretendieran incitar a la realización de actos de violencia en contra del Rey, sino que un acto de esta naturaleza debía de ser interpretado como un símbolo de insatisfacción y de protesta. Así, se pronunció sobre la pena de prisión impuesta por los actos realizados por los demandantes y recordó que los discursos incompatibles con los valores garantizados por Convenio –que involucran una pena de prisión– son aquellos que involucraban la negación del holocausto, justificaban la política nazi o asociaban a todos los musulmanes con un acto grave de terrorismo (Tribunal EDH, *Stern Taulats y Roura Capellera*: párr. 41).

El Tribunal concluyó entonces que interponer una pena de prisión por una infracción en el marco de un debate político constituía una violación al artículo 10 del Convenio EDH. En cuanto a la reparación, el Tribunal ordenó la devolución del pago realizado por los demandantes por concepto de la multa que evitó que cumplieran con la pena de prisión y el pago de las costas de juicio.

La sentencia comentada viene a confirmar la línea jurisprudencial del Tribunal EDH sobre los límites a la libertad de expresión y el contenido del discurso del odio. Al parecer, Estrasburgo no cederá en cuanto a no dar pie a ninguna razón que pueda interpretarse posteriormente como un obstáculo para el debate público. Es precisamente en temas tan sensibles como el que se dirime en este caso –el conflicto entre Cataluña y España– que las garantías de la libertad de expresión deben de ser protegidas con más fuerza, situación con la cual la sentencia *Stern Taulats y Roura Capellera vs. España* se encuentra a la altura.

Bibliografía

Climent Gallart, Jorge (2016): "La jurisprudencia estadounidense sobre el lenguaje simbólico en relación con las banderas y su acogimiento por el TEDH" en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 28, 303-328.

Sobre la valoración del trabajo doméstico: a propósito de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación *Adr 4883/2017*

Myrna Berenice Hinojosa García
Academia Idh

Sumario: I. Introducción. II. Derecho vulnerado. III. Análisis de la decisión. IV. Puntos relevantes de la decisión. V. Trascendencia de la sentencia.

I. Introducción

En el presente comentario jurisprudencial me ocuparé del Acuerdo de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante Scjn) correspondiente al 28 de febrero de 2018. En el asunto una mujer cuestiona que para acceder al mecanismo compensatorio en el proceso de divorcio se le exija acreditar que se dedicó al cuidado del hogar y los hijos de manera exclusiva durante los 40 años de vigencia del matrimonio. La Scjn debía determinar si la intervención efectuada por el Tribunal Colegiado en relación con este requerimiento no contiene un trato discriminatorio ni exige requisitos desproporcionales a la mujer. La Primera Sala del máximo tribunal en México considera que esta interpretación es contraria a los principios de igualdad y equidad que persigue la institución de compensación.

El problema jurídico principal es la interpretación y aplicación del artículo 267, fracción VI. del Código Civil de la Ciudad de México vigente el 3 de octubre de 2008 al 24 de junio de 2011, que refiere:

> "En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, se haya dedicado preponderantemente al desempeño

> del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos. El Juez de lo Familiar resolverá atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso."

En su escrito hacia la SCJN la quejosa argumentó que la fracción VI del artículo 267 del Código Civil de la Ciudad de México era desproporcional porque exigía requisitos y formalidades que no atendían al fin y objetivo de la figura de compensación, y que era discriminatoria en relación con la actual redacción de la fracción VI del artículo 267, ya que la redacción del precepto vigente no exige acreditar *de manera exclusiva* dedicarse al hogar y cuidado de los hijos, sino únicamente, mostrar que dicha actividad se desarrolló preponderantemente.

Considerando lo anterior, la cuestión de constitucionalidad que debe resolver la Suprema Corte es: si la interpretación que realizó el Tribunal Colegiado de la fracción VI del artículo 267 del Código Civil de la Ciudad de México vigente hasta junio de 2011, es acorde con el principio de equidad que rige a la institución de compensación.

El Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito dictó sentencia en la que se le negó el amparo el 22 de junio de 2017. Además de dar respuesta a las alegadas violaciones procesales, determinó que la fracción VI del artículo 267 no era discriminatoria ni desproporcional con el fin reparador que persigue la institución de compensación. El Tribunal Colegiado consideró que la norma no exigía requisitos desproporcionales, ya que a cambio de acreditar los requisitos establecidos en la fracción ella recibiría una reparación de su situación patrimonial y hacerse de la parte correspondiente de los bienes adquiridos durante el matrimonio.

El Tribunal argumentó que la norma no es discriminatoria ya que estimó en términos de la tesis de rubro *Principio de igualdad y no discriminación. Algunos elementos que integran el parámetro general* emitida por la Suprema Corte, que los actos discriminatorios son aquellos que representan una diferencia arbitraria en el tratamiento de las personas, de modo que suscitan la superioridad

a un determinado grupo para tratarlo con algún privilegio, o que, inversamente, por considerarlo inferior es tratado con hostilidad o de cualquier forma se le discrimine del goce de derechos.

Agrega que no se vulneró el principio de tutela judicial efectiva porque este derecho tiene como base el acceso a los tribunales para dirimir una controversia, el cual fue ejercido por la actora incidental con el escrito que originó el procedimiento. Finalmente, el Tribunal Colegiado, igual que la Juez de primera instancia y el Cuarta Sala familiar del Tribunal Superior, que la quejosa no demostró el supuesto exigido por el artículo 267: dedicarse al hogar y al cuidado de los hijos.

II. Derecho vulnerado

En el escrito dirigido a la SCJN, la quejosa manifestó que el Tribunal Colegiado omitió pronunciarse sobre el planteamiento de inconstitucionalidad que ella adujó. Específicamente, que la fracción VI del artículo 267 del Código Civil de la Ciudad de México al exigir como supuesto para la procedencia de la compensación, que se tenga que acreditar *dedicarse al hogar y al cuidado de los hijos de forma permanente durante toda la vigencia del matrimonio* resulta discriminatorio entre los matrimonios de larga duración y aquellos en los que el periodo de duración es menor.

En este caso, la SCJN refiere que el derecho que se le vulnera a la quejosa es el de igualdad de derechos y responsabilidades establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esto debido a que con la reivindicación del valor del trabajo doméstico se asegura la igualdad de derecho y responsabilidades de ambos cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de la disolución del mismo, como se establece en el Artículo 23 fracción 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

> "4.- Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio

> y en caso de la disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos."

El anterior versa similar al Artículo 17 Fracción 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humano. Cabe mencionar que la quejosa no fundamentó su argumento de apelación en estos artículos.

III. Análisis de la Decisión

Como se mencionó el inicio del presente comentario, la cuestión de constitucionalidad que debe resolver la Suprema Corte es: si la interpretación que realizó el Tribunal Colegiado de la fracción VI del artículo 267 del Código Civil de la Ciudad de México vigente hasta junio de 2011, fue contraria a los principios constitucionales de equidad que rige a la institución de compensación.

Al respecto, la Primera Sala de la SCJN considera que resulta inconstitucional la interpretación que realizó el órgano colegiado. Agrega en el dictamen:

> "La institución de compensación tiene como eje rector mitigar la inequidad que soportó alguno de los cónyuges como consecuencia de la dedicación al trabajo del hogar, y en su caso, al cuidado de los hijos. Por lo tanto, la doble jornada –asumir las cargas familiares y adicionalmente un empleo remunerado- no puede constituir un obstáculo para acceder al mecanismo compensatorio."

En la resolución del amparo directo en revisión 1754/2015 la Primera Sala refiere que la doble jornada consiste en el reconocimiento de que algunas mujeres además de tener un empleo o profesión también realizan actividades laborales dentro del hogar y de cuidado de los hijos. Normalmente este trabajo doméstico no es remunerado y representa un costo de oportunidad para las mujeres.

IV. Puntos relevantes de la decisión

En la sentencia se presentan algunos criterios para establecer que el cónyuge se dedicó al hogar de forma preponderante. Para evaluar la preponderancia de la actividad en el hogar se debe evaluar:

1) La proporción en la cual el cónyuge solicitante se dedicó al cuidado de los hijos y el hogar en comparación con el tiempo que el otro conyuge realizó estas actividades. Esto sin demeritarlo el hecho de que hubiera dedicado alguna parte de su tiempo a sus actividades profesionales remuneradas.

2) Evaluar si dedicarse al cuidado del hogar e hijos le generó algún costo de oportunidad, si no adquirió bienes propios o los que adquirió son inferiores a los de su ex cónyuge.

3) Al asumir las cargas domésticas y familiares no logró desarrollarse en el mercado laboral con igual tiempo, intensidad y diligencia que el otro cónyuge; lo que provocó un detrimento de su patrimonio.

Se debe de aplicar en casos en los que persista una situación de inequidad entre los cónyuges que tenga que mitigarse a través del mecanismo compensatorio, ya sea porque el cónyuge solicitante se dedicó de forma exclusiva al hogar o porque realizó una doble jornada.

Los efectos de la sentencia son la revocación de la sentencia del Tribunal Colegiado para que emita otra en la que se atienda a la doctrina de la Primera Sala sobre la institución de compensación y reconocimiento de la doble jornada laboral. En esta nueva sentencia el Tribunal debe determinar: si la quejosa se dedicó preponderantemente al hogar, aunque haya realizado otras labores profesionales, si el haberse dedicado en mayor proporción que su ex cónyuge a las actividades domésticas le generó algún costo de oportunidad, y que a partir de esto se establezca el porcentaje de compensación que corresponda.

V. Trascendencia de la sentencia

En criterio de la SCJN, el asunto es de importancia y trascendencia porque permite establecer criterios respecto a cómo debe operar el principio de equidad contenido en la institución de compensación respecto de aquellos cónyuges que además de los cuidados del hogar y los hijos, realizaron una actividad remunerada o doble jornada. La Primera Sala desarrolla en la sentencia dos temas fundamentales: la finalidad y naturaleza de la institución de compensación y el reconocimiento de la doble jornada laboral.

En esta sentencia si se resuelve el tema de la constitucionalidad planteado por la recurrente, a diferencia de las anteriores que se han dictado en materia de compensación[1], en las que se han evaluado conceptos como la figura de la indemnización; de la compensación y su procedencia; y, sobre la pérdida de la patria potestad y el abandono de deberes para con los menores en caso de violencia de género.

Esto se debe a que la institución de la compensación debe equilibrar, mitigar la inequidad que soportó alguno de los cónyugues como consecuencia de dedicarse al hogar. Como lo establece la Primera Sala, la doble jornada -que implica asumir cargos familiares y adicionalmente un empleo remunerado-, no puede constituir un obstáculo para acceder al mecanismo compensatorio.

En mi opinión, esta sentencia es un hito cultural de suma importancia, marca un ejemplo de cómo las mujeres deben de considerarse a ellas mismas como cumplidoras de una doble jornada. Cambiar el pensamiento anterior de *que hacen dos funciones a medias*, a reconocer que efectivamente realizan una doble jornada: una dentro de casa y otra ejerciendo su profesión de forma remunerada.

Las tres instancias que revisaron el caso previo a la Suprema Corte dictaron que María Luisa no podía tener acceso a la com-

[1] La contradicción de tesis 24/2004-Ps, contradicción de tesis 490/2011, amparo directo en revisión 1996/2013, amparo directo en revisión 2287/2013, amparo directo en revisión 2655/2013, amparo directo en revisión 2764/2013, amparo directo en revisión 2194/2014 y amparo directo en revisión 4909/2014.

pensación porque no podía comprobar que se dedicó al hogar y al cuidado de sus hijas de forma exclusiva; mientras que la Scjn reconoció que el hecho de realizar las dos actividades no desvalida o desacredita su importancia e impacto en el hogar.

En las instancias previas consideró al trabajo en el hogar y al trabajo remunerado como entes exclusivos y excluyentes, como si no pudieran existir de forma simultanea, sino que se debe de elegir uno para desarrollarse de forma exclusiva, y cualquier de los dos que elija la mujer será reprendida y criticada.

En esta sentencia, la Scjn ha validado el trabajo remunerado y el trabajo en el hogar como una doble jornada para fines legales. Por esta razón, en mi entender, se le reconoce el mérito y el valor, le da un nombre a la labor que realizan miles de mujeres, le da un peso, reconoce ambas funciones y, concluye diciendo que una no descalifica a la otra, al contrario, por el hecho de existir las dos se eleva a la categoría de doble jornada.

Como lo refiere Onu Mujeres (2016), el trabajo doméstico no remunerado es una de las dimensiones menos reconocidas. Las responsabilidades y tiempo dedicado al hogar o al cuidado de personas dependientes restringe notablemente la posibilidad de las mujeres de contar con ingresos propios, de buscar opciones en el mercado laboral, de particular plenamente en la política y sociedad.

La Scjn reconoce lo establecido por la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Cedaw, que reconoce la contribución de las mujeres a la economía mediante el trabajo doméstico no remunerado que realizan. La línea jurisprudencial responde a la Recomendación General No. 17 (Cedaw, 1991) que insta a los Estados a avanzar en la implementación de políticas y presupuestos públicos para el adelanto de las mujeres. Si bien no corresponde a una política pública, esta sentencia brinda un precedente para la valoración del trabajo doméstico y el reconocimiento de la doble jornada.

En las interpretaciones previas la fracción VI del artículo 267 del Código Civil de la Ciudad de México las instancias previas le reclamaban a la quejosa el no dedicarse de forma exclusiva a la labor del hogar, en este reproche se impedía el acceso a la compensación a la cuál ella tenía derecho. La Suprema Corte, va más allá de los prejuicios y exigencias limitantes y reconoce el status de doble jornada.

Este reconocimiento desde una instancia superior marca el ejemplo para las instituciones que imparten justicia. Así mismo marca una pauta cultural, un cambio de paradigma al respecto del reconocimiento del trabajo de miles de mujeres que cumplen con ambos funciones, cuidadoras y proveedoras; pero que al no haber una exclusividad no se les reconoce la duplicidad de funciones y en ocasiones se les juzga y discrimina.

El reconocimiento del trabajo y de la doble jornada pudiera parecer algo simple y con poca importancia, pero es lo contrario. Desde la psique colectiva tiene un gran impacto a los individuos, a la forma en la que asumen y desempeñan las funciones que son sumamente necesarias, no solo para la formación individual de los miembros de la familia, sino para el bienestar de la sociedad en general.

La familia como primera institución socializadora es el semillero de los individuos que forman e impactan la sociedad. El reconocimiento de la doble jornada de las mujeres impacta en el rescate de la imagen de ellas tienen de sus labores en casa y de cómo impactan en el funcionamiento del hogar y sus integrantes.

La doble jornada laboral es un reconocimiento que valida y reconoce ambas funciones, cuando culturalmente a las mujeres no se les reconoce ninguna de forma positiva. En algunos contextos el discurso, aprendido culturalmente, que se dirige hacia las mujeres que trabajan fuera de casa es mayormente punitivo, de culpa, de recriminación por el abandono de sus funciones como madre y/o esposa. Este discurso se replica hacia las mujeres que laboran en el hogar de forma exclusiva, se les juzga por desaprovechar sus conocimientos o grados académicos.

Esta sentencia representa un cambio, el reconocimiento del trabajo de la mujer como digno de mérito, y a la mujer que realiza ambas jornadas se le reconoce como merecedora de la institución de la compensación; sin la medida, en este caso restrictiva de la exclusividad de funciones. Una sentencia más humana, más real, que acerca el derecho a las personas.

Bibliografía

Onu (1991): *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Recomendación No. 17.*

Onu Mujeres (2016): *Trabajo Doméstico y de Cuidados no Remunerado.*

NOTAS LEGISLATIVAS Y JUDICIALES

El propósito del presente apartado es presentar los comentarios razonados sobre diversas legislaciones y sentencias nacionales y de alrededor del mundo, donde los autores plasmen sus reflexiones, análisis y críticas sobre dichos actos jurídicos, sin mayor restricción que la presentación de discusiones contemporaneamente relevantes y relacionadas con el análisis de los derechos humanos en perspectiva internacional y comparada.

En el número actual, y con la finalidad de definir la forma, tendencia y metodología de los textos que se esperan publicar en el futuro, los comentarios publicados fueron elaborados por miembros de los diversos centros adscritos a la Academia IDH, bajo las instrucciones formales, editoriales y metodológicas de los editores de la revista.

Suprema Corte (Reino Unido)

An Nhs Trust and others vs. Y and another
[30 julio 2018]

Jesús Manuel Martínez Torres
Academia Idh

I. Introducción

En el presente caso se busca responder la pregunta sobre si es *siempre* necesario obtener una orden judicial antes de interrumpir la asistencia médica (nutrición e hidratación) a una persona con trastorno prolongado de conciencia que dependa de estos medios para mantenerse con vida; o si es posible retirarle la asistencia sin que tenga que mediar una decisión judicial.

El "Trastorno prolongado de conciencia", en adelante: Pdoc (*prolonged disorder of consciousness*), es un término que comúnmente abarca tanto al "estado vegetativo permanente", en adelante: Pvs (*persistent vegetative state*); como al "estado mínimamente consciente", en adelante: Mcs (*minimally conscious state*); las personas que sufren estos padecimientos suelen ser tratadas clínicamente mediante una nutrición e hidratación asistidas: Canh (*clinically assisted nutrition and hydration)*.

II. Hechos

El Sr. Y era un hombre activo. En junio de 2017 sufrió un paro cardiaco que le ocasionó graves daños cerebrales. Desde ese momento, necesitó Canh, para mantenerlo con vida. Un mes después de su paro cardiaco, fue admitido en la unidad regional de rehabilitación bajo el control del *Nhs Trust* (una organización del Servicio Nacional de Salud) para valorar su estado.

En septiembre, se concluyó de sus análisis que el Sr. Y sufría de Pdoc y que incluso si recuperaba su conciencia no se recuperaría de

las discapacidades cognitivas y físicas contraídas y que, por el resto de su vida, necesitaría de otras personas para los cuidados diarios. En octubre, en una segunda valoración, se concluyó que el Sr. Y estaba en estado vegetativo y que no había esperanza de que mejorara.

La familia del Sr. Y (su esposa e hijos), al observar los diagnósticos médicos, consideraron que no habría sido del deseo del Sr. Y seguir conectado si no había esperanzas de recuperarse. Así, tanto la familia como el equipo médico consideraron que sería del mejor interés para el Sr. Y retirarle el equipo médico que le mantenía con vida, lo que resultaría en su muerte.

Para el 1 de noviembre la *Nhs Trust* solicitó al Tribunal Supremo de Justicia que declara: 1) que no era necesaria una aprobación judicial para el retiro del Canh de pacientes con Pdoc cuando el equipo clínico y la familia del paciente estuvieran de acuerdo en que era lo mejor para el paciente y 2) que no habría consecuencias civiles o penales al proporcionar la muerte asistida.

El 3 de noviembre se designo un Procurador Oficial, para representar al Sr. Y. El 10 de noviembre, el Tribunal [(2017) Ewhc 2866 (Qb)] consideró que el caso implicaba cuestiones puramente legales: concluyó que no existían ningún principio del *common law* que obligara a que todos los casos relacionados con el retiro del Canh de una persona incapaz tuvieran que ser resuelto por la Corte, observó una buena práctica médica, apegada a la *Mental Capacity Act* (en adelante, Mca 2005) y que los familiares del paciente estaban de acuerdo. Por su parte el Procurador Oficial pidió permiso para apelar y certificar la decisión, lo cual le fue concedido, pero se señaló que todo procedimiento debería hacerse sin demora.

Se dio inicio a un tercer diagnóstico, pero el Sr. Y murió el 22 de diciembre de 2017, que éstos pudieran completarse. El perito encargado, no pudo más que analizar la documentación de los antiguos reportes, incluyendo el historial médico del Sr. Y: señaló la dificultad de diagnosticar el estado real de la enfermedad, concluyó su reporte opinando que habrían sido necesarias mayores evaluaciones para asegurar que el estado vegetativo del Sr. Y fuera permanente.

A pesar del fallecimiento del Sr. Y, y de que el juicio no sería de mayor relevancia para la familia, la Corte decidió continuar el estudio en virtud de la relevancia social del tema.

III. Antecedentes

Si bien la *Mca* 2005 constituyó un parteaguas: antes del Acta, las preguntas sobre el correcto actuar ante situaciones que involucraran adultos sin capacidad de tomar decisiones por cuenta propia era resueltas por la jurisdicción de la Suprema Corte; después de 2005, el Acta, entre otras cosas, estableció un tribunal especial con la jurisdicción para en trabajar los temas de asuntos de propiedad y cuidado personal. Por otro lado, en relación con la situación especial del Sr. Y, debemos considerar resoluciones anteriores:

1. In re F (Mental Patient: Sterilisation) [1990]

La Cámara de los Lores, decide sobre la legalidad de realizar una esterilización a una mujer que, debido a su incapacidad mental, le era imposible consentir por sí misma una operación que buscara evitar la posibilidad de un embarazo. Aquí, la Corte tenía que decidir si para la intervención era necesaria, en términos de *buena práctica*, obtener una orden antes de realizarla.

Aquí se establecieron varias razones: 1) La operación es irreversible; 2) Implica un derecho humano: tener hijos; 3) La privación del derecho implica cuestiones morales y emocionales importantes; 4) Si no se involucra a la Corte se corre el riesgo de que la decisión, sobre si la operación es en el mejor beneficio para la mujer, se tome equivocadamente o, por lo menos, deja abierta la posibilidad de que así se vea; 5) Sin involucrar a la Corte hay riesgo de que la lleve a cabo por las razones equivocadas; 6) Una orden judicial protege a los doctor(es) que llevan a cabo la operación, sobre posteriores reclamos o críticas.

2. Airedale Nhs Trust vs. Bland [1993]

Trata de hombre con Pvs herido en el desastre de *Hillsborough*. Dejó de ver, oír y sentir y no podía comunicarse de ningún modo.

No había esperanza de recuperación, pero con cuidado médico podía sobrevivir por varios años. Tras tres años, con el consentimiento de los familiares y del doctor del paciente, mediante las autoridades del hospital solicitaron una declaración sobre la legalidad de interrumpir el Cahn, lo cual resultaría en su muerte.

De acuerdo con la opinión de la Cámara de los Lores resaltó los siguientes puntos: 1) es ilegal administrar medical tratamiento médico en contra de la voluntad de un paciente, incluso si esto resulta en su muerte; 2) Para persona inconsciente o incapaz de declarar su voluntad, se considera que es lo mejor para su interés suministrarle los medios para mantenerlo con vida y sólo cuando ya no lo sea, desconectarlo. 3) Una decisión debe tomarse en conjunto por los doctores y los jueces.

IV. Decisión del caso

La posición del Procurador Oficial es que en *todos* los casos que involucren paciente con Pdoc se necesita una autorización judicial para proceder a retirar la Canh, pues considera que esto garantiza la salvaguarda de la dignidad de la vida del paciente; invocando el artículo 2 (Derecho a la vida), 6 (derecho a un juicio justo), 8 (derecho a privacidad y la familia) y 14 (prohibición de discriminación) para considerar que la intervención judicial es necesaria.

Por otro lado, respecto al Mca 2005, apartado 26, establece que los casos duros y traumáticos deben ser tomados con toda consideración por parte de los familiares y los doctores, en conjunto. Por lo que considerar que en todos los casos deben mediar una decisión judicial no sólo ocasionaría una carga de trabajo acumulativa y perdida de recursos para las agencias de salud, sino que obligaría a las familias de los implicados atravesar un proceso de estrés y sufrimiento innecesario.

En consecuencia y dado que no existe un principio del *common law* o del Convención europea de que sea necesaria la asistencia judicial. Se resuelve que las situaciones en las que tanto los familiares

y los médicos, tras examinar la situación particular, pueden tomar la decisión, de manera informada y consciente, por sí mismos.

Sin embargo, no se cierra la puerta a que se pueda solicitar una opinión de un organismo judicial; sino que la obligación de acudir se reserva solamente cuando existan disputas y/o no exista la certeza de que la decisión de interrumpir la CANH sea lo mejor para el paciente.

V. Conclusiones

La decisión del tribunal constituye una interpretación amplia del derecho a la vida establecida por la Convención Europea, al considerar que el punto principal no es si interrumpir el CANH para mantener viva a la persona, sino que da un giro a la inversa al cuestionar la máxima de que mantener la vida, en todas las circunstancias constituya el mejor interés para el paciente.

Por otro lado, reconoce que al no existir una obligación expresa en los principios de la ley, se pueden evitar las dilaciones que en la mayoría de los casos traerían un sufrimiento excesivo para los pacientes y familiares, al tener que esperar una sentencia que, dada la carga de trabajo de los tribunales, no siempre se resuelve de manera expedita. En todos los casos, sin embargo, las decisiones deben tomarse de manera informada.

Suprema Corte (India)

Navtej Singh Johar vs. Union of India
[6 septiembre 2018]

Victor Manuel Vera García
Academia Idh

Hace no más de dos meses al momento de realizar este escrito, en la Corte Suprema de India (Corte Si) se dictó una sentencia que ha sido motivo de regocijo internacional, principalmente por parte de la población Lgbtttiq (lesbianas, gais, bisexuales, transgénero, transexuales, travestis, intersexuales y personas *queer*), así como para organismos e instituciones defensores de derechos humanos. Se trata de la sentencia del caso *Navtej Singh Johar & Ors. vs. Union of India*, en donde se declara parcialmente inconstitucional la sección 377[1] del Código Penal de India (Cpi). Dicha sentencia es relevante en el reconocimiento de derechos de la población Lgbtttiq. Antes que nada, es importante dar una contextualización breve del caso.

Si bien esta sección no hace referencia explícitamente de las personas Lgbtttiq, si señala un concepto cuestionable del cual no se da una definición y no se vuelve a mencionar en el Cpi ni en algún otro documento del marco jurídico indio: "el orden natural". Históricamente se ha entendido que "contra la naturaleza" es todo acto sexual que no tenga por objeto la procreación, concepción que en el ámbito del derecho moderno es inaceptable y ya explicaré mis razones más adelante. Esto ha hecho que las relaciones homosexuales sean vistas como depravadas y los miembros de esta parte de la

[1] 377. Unnatural offences.
Whoever voluntarily has carnal intercourse against the order of nature with any man, woman or animal, shall be punished with 152[imprisonment for life], or with imprisonment of either description for a term which may extend to ten years, and shall also be liable to fine.
Explanation- Penetration is sufficient to constitute the carnal intercourse necessary to the offence described in this section.

población acosados injustamente por las autoridades del estado[2]. Esto lo reconoce también la Corte Si en su sentencia (*Navtej Singh Johar & Ors. vs. Union of India thr. Secretary Ministry of Law and Justice*, 6 de septiembre de 2018: parrs. 75, 76, 78).

Con este contexto en mente, el 27 de abril de 2016 Navtej Singh Johar y otras cuatro personas Lgbtttiq presentaron una petición escrita al tribula supremo solicitando se declare inconstitucional la norma citada. El caso se admitió por el Jefe de Justicia de India y se ordenó que fuera conocido por una banca constitucional de cinco jueces, el 10 de julio del presente año empezaron las audiencias de alegatos, concluyendo el día 17 del mismo mes. Se dio a las partes un plazo que concluía el día 20 de julio para formular sus reclamos finales y el día 6 de septiembre del presente año se dictó sentencia, declarando el tribunal supremo la inconstitucionalidad parcial de la sección 377 del Cpi pues contraviene los artículos 14, 19 y 21 de la Constitución de India[3] (*Navtej Singh Johar*, parr. 253, xvii).

Cabe señalar que anterior a este caso hubo otro que abrió las puertas al reconocimiento de los derechos de las personas Lgbttiq, y dos directamente relacionados con la sentencia comentada puesto que versan sobre la constitucionalidad o no de la sección 377. En el caso *National Legal Services Authority vs. Union of India and others*, conocido popularmente como *Nalsa* la Corte Si se pronunció en cuanto al estatus legal de la identidad de las personas transgénero. En la sentencia se destaca la importancia constitucional de proteger el derecho de mujeres y hombres sobre las decisiones de su identidad sexual y de género.

En *Naz Foundation vs. Government of Nct of Delhi and others*, del año 2009 la Alta Corte de Delhi declaró inconstitucional la sección 377 del Cpi, considerando que al criminalizar los actos homosexuales entre dos personas adultas y consensuados se vul-

[2] De acuerdo con la Asociación Internacional de Gays y Lesbianas (Ilga), cerca de 1500 personas fueron detenidas en la India en virtud de la sección 377, sólo en el año 2015.
[3] El artículo 14 protege la igualdad ante la ley, el artículo 19 en este caso particular es vulnerado en la libertad de asociación o más concretamente unión y el artículo 21 habla de protección a la vida y libertad personal.

neran los artículos 14, 15 y 21 de la Constitución. En *Suresh Kumar Koushal and another vs. Naz Foundation and others*, la Corte Si reinstauró la constitucionalidad de la norma impugnada. En la sentencia en comento dicho tribunal reconoce que la sentencia de *Suresh Kumar Koushal* estuvo equivocada y queda anulada, pues hace interpretaciones erróneas de la sección al acogerse a sustentos de moralidad social y al afirmar que los derechos protegidos tienen menor preponderancia si sólo una minoría se ve afectada en los mismos (*Navtej Singh Johar*, parrs. 169, 190, 253, viii, xviii).

Quiero ahora precisar los puntos que encuentro más favorables de la labor interpretativa que los juzgadores del tribula supremo hicieron en la sentencia en comento.

Primero, es interesante la observación que hace la Corte Si respecto a la Constitución, pues afirma que ésta es un documento vivo, que evoluciona con la sociedad y sus valores (*Navtej Singh Johar*, parr. 83, 90). Esta valoración que hace el juzgador está en consonancia con lo que otras autoridades internacionales han hecho. Viene a mi mente por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Atala Riffo* (Corte Idh, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 24 febrero 2012: párrs. 36, 83) y la opinión consultiva 24/17 (Corte Idh, Oc-24/17, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, 24 noviembre 2017: parrs. 58, 69, 187), donde se habla también de los derechos de la población Lgbtttiq.

Relacionados con la evolución de la Constitución se encuentran dos conceptos interesantes desarrollados por la Corte Si, la moralidad social y moralidad constitucional. Se entiende la primera como los dogmas tradicionalmente aceptados, ya sea por la cultura, la religión o ambas, y la segunda basada en hechos comprobables y razonables. El tribunal toma en consideración lo que la Alta Corte de Delhi ha comentado en cuanto a la ponderación que se debe de hacer de las dos moralidades, afirmando que la segunda debe de anteponerse a la primera: "[…] the High Court had taken the view

that social morality has to succumb to the concept of constitutional morality." (*Navtej Singh Johar*, parr. 68)

Además, la moralidad constitucional no sólo significa seguir los mandatos establecidos textualmente en la Constitución, sino reconocer que en ella se consagran una serie de principios que buscan una pluralidad y un reconocimiento de la libertad de cada individuo dentro de la sociedad. La Corte Si en reiteradas ocasiones nos dice que los jueces constitucionales, en su trabajo de "árbitros" de la ley no deben de dejarse guiar por nociones de moralidad social la cual no tienen sustento legal (*Navtej Singh Johar*, parr. 111-119).

Si bien la sentencia tiene varios aciertos, no está libre de escrutinio y critica. En primer lugar, hago la observación de que, al no haber una definición de lo que el legislador entendía por "no natural", la Corte Si hace una comparación entre el delito de violación, sección 375[4], y el multicitado delito de ofensas contra la naturaleza, sección 377. Puesto que el delito de violación sólo se acredita cuando no hay consentimiento y el de ofensas contra la naturaleza no prevé la ausencia o presencia de consentimiento, el juzgador estima que no es constitucional que algunas prácticas sexuales consensuadas (homosexuales) sean punibles y otras no (heterosexuales).

Mi crítica se refiere a que a lo largo del cuerpo de la sentencia no se hace un intento por definir que es lo "no natural" o "contra de la naturaleza", sino más bien nos dice que no se debe de entender ya por eso (*Navtej Singh Johar*, parr. 213-216). Si se hubiera dado alguna definición de este concepto podría existir una mayor certeza jurídica para la interpretación de la norma que aún queda parcialmente obligatoria. Así mismo los términos "no natural" o

[4] El delito de violación tal cual está tipificado en el Cpi ya es sujeto a critica en sí mismo, puesto que por una parte presenta como elemento *sine qua non* la ausencia de consentimiento y por otro lado estipula de manera absoluta que un hombre que tiene relaciones sexuales con su esposa mayor de edad no comete el delito de violación. Encuentro en conflicto ambos elementos del delito pues una interpretación superficial da a entender que una mujer casada no puede o no le vale negarse a sostener relaciones sexuales con su esposo. Así mismo violaciones a hombres no se encuentran contempladas en el Código, quedando relegadas con esta sentencia a las ofensas "en contra de la naturaleza".

"contra la naturaleza", son concepciones desfasadas en la actualidad y no están en consonancia con la idea de constitución como instrumento vivo ya mencionado. A mi parecer más que dar una definición aceptable de dichos conceptos la Corte SI debió desechar los mismos por algunos con un espíritu más contemporáneo y técnico, propios del derecho actual.

No se puede dejar de señalar que el sistema jurídico de India, como en muchas otras sociedades con fuertes dogmas religiosos y sociales (como es el caso de nuestro propio país, México), sufre de una marcada brecha entre importantes avances al respeto y reconocimiento de los derechos humanos y la vulneración y negación de estos. El caso *Navtej Singh Johar* es un gran avance sin duda, sin embargo, no debemos quedarnos cómodos en unas cuantas significativas victorias.

En India la identidad jurídica de las personas transexuales y transgénero ya es reconocida y ahora las relaciones homosexuales entre adultos ya no son criminalizadas. Sin embargo, aún el matrimonio igualitario y la paternidad homoparental no está reconocidos por la ley. En muchos países del mundo el ser persona LGBTTTIQ sigue siendo un delito que se castiga en no pocos casos con la muerte. Sentencias como la de *Navtej Singh Johar* son un avance que hay que celebrar sin duda, eso sin olvidarnos que queda un largo camino por recorrer. Académicos, legisladores, defensores, juzgadores y población en general, debemos trabajar todos los días por el establecimiento de un sistema jurídico y social donde todos los seres humanos seamos libres e iguales en dignidad y en derechos.

Suprema Corte de Justicia (Estados Unidos)

Masterpiece Cakeshop, Ltd. vs. Colorado Civil Rights Commission. [4 junio 2018]

Juan Francisco Reyes Robledo
Academia Idh

Emitida el 4 de junio de 2018, la sentencia de la Suprema Corte de Justicia señaló que la multa impuesta por la Comisión de Derechos Civiles de Colorado al dueño de una tienda de pasteles de aquel estado por haberse negado bajo fundamentos religiosos a elaborar y vender un pastel de bodas a una pareja homosexual, violentó la neutralidad religiosa señalada en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. La corte revocó la decisión a la que arribó la Corte de Apelaciones vía *certiorari* contra la resolución de la comisión apoyada por un juez administrativo local, quien resolvió que el acto solicitado a la pastelería fue parte de la conducta esperada del negocio, y no una expresión de la libertad de expresión ni del libre ejercicio de la religión.

La decisión de la corte se contextualiza principalmente en torno a dos aspectos: la decisión del mismo tribunal en el caso *Obergefell vs. Hodges*,[1] el asunto de referencia en materia de derechos de homosexuales, y una serie de decisiones en tribunales constitucionales de otros países anglosajones que han decidido casos similares. En aquella sentencia, se señaló que el derecho fundamental al matrimonio está garantizado a las parejas del mismo sexo tanto por la Cláusula de Debido Proceso como por la Cláusula de Igual Protección de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Por lo que hace a otros tribunales tales como el británico, estos han definido cuestiones más amplias que en el caso americano en relación a la discriminación por causas de orientación sexual, creencias religiosas y opiniones políticas.

[1] 576 U.S. ___ (2015).

Por una parte, en la mencionada sentencia americana sobre matrimonio homosexual, el tribunal Constitucional reconoció que las leyes que prohíben el matrimonio entre parejas del mismo sexo significan una carga sobre la libertad de dichas parejas y limitan los preceptos centrales de la igualdad. Así, dichas leyes matrimoniales son en esencia desiguales al negarles a las parejas del mismo sexo los beneficios que se les otorgan a las parejas del sexo opuesto y al prohíbirles ejercer un derecho fundamental. Para la Corte, además, dicha discriminación se enmarca especialmente en contra de una larga historia de desaprobación de sus relaciones, por lo que dicha negación funciona como un daño grave y continuo, sirviendo para faltar el respeto y subordinar a los gays y lesbianas.

Por otra parte, en retrospectiva, la decisión de la Suprema Corte de Reino Unido llegó a la misma conclusión, aunque bajo una línea jurisprudencial distinta, en su reciente decisión en *Lee* vs. *Ashers Baking Company Ltd*.[2] Para la corte constitucional británica, tal como se planteó el caso, la pastelería se habría negado a suministrar este pastel en particular a cualquier persona, independientemente de sus características personales. Por tanto, la corte no encontró discriminación por motivos de orientación sexual. Además, para dicho tribunal, en caso de que se hubiera advertido en la causa un caso discutible de discriminación por motivos de opinión política, no se demostró ninguna justificación para anular la protección a favor de la panadería contra las expresiones forzadas contenida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En particular, la resolución ahora en estudio, llega a las mencionadas conclusiones cuando reconoce, por un lado, que las leyes y la Constitución pueden, y en algunos casos deben, proteger a los homosexuales y a las parejas homosexuales en el ejercicio de sus

[2] [2018] UKSC 49. La sentencia de hecho hace referencia directa a *Masterpiece*, y señala: "El mensaje importante del caso *Masterpiece Bakery* es que existe una clara distinción entre negarse a producir un pastel que transmita un mensaje particular, para cualquier cliente que quiera tal pastel, y negarse a producir un pastel para el cliente particular que lo desee debido a las características de ese cliente."

derechos civiles, pero por el otro, señala que las objeciones religiosas y filosóficas al matrimonio de homosexuales son opiniones protegidas y, en algunos casos, formas de expresión protegidas. Así, para el tribunal supremo estadounidense, aunque no es excepcional que la legislación del estado de Colorado pueda proteger a las personas homosexuales en la adquisición de productos y servicios en los mismos términos y condiciones que se ofrecen a otros miembros del público, dichas leyes deben ser aplicadas de una manera que sea neutral hacia la religión.

Entre los aspectos relevantes de la decisión se encuentra, en primer lugar, la consideración que hace el tribunal en relación al significado que el tribunal atribuye para el comerciante la elaboración de un producto, *i.e.*, la elaboración de un pastel para una pareja homosexual. Esta cuestión, a consideración del comerciante, significa "una declaración expresiva, un apoyo a su boda en su propia voz y de su propia creación". El tribunal consideró que este tipo de mensajes tienen un componente significativo del discurso bajo las consideraciones de la Primera Enmienda e implica a las profundas y sinceras creencias religiosas del comerciante. El hecho que cuando sucedieron los hechos, en 2012, aún no se legalizaban los matrimonios homosexuales en Colorado, aunado a que la corte aún no emitía la mencionada sentencia de *Obergefell*, significa para el tribunal que el comerciante tenía algo de razón al considerar que no era irrazonable pensar que su decisión era legal.[3]

Sobre el mismo aspecto, del mensaje que expresa un discurso, es también relevante lo relativo a la materialización de dicho mensaje: la elaboración de un pastel. Aunque la sentencia del tribunal constitucional sí hizo referencia a dicho aspecto cuando señala que en realidad "pocas personas que han visto un precioso pastel

[3] La corte recuerda tanto que la legislación vigente al momento de suceder los hechos permitía "cierta libertad para rechazar la creación de mensajes específicos que consideran ofensivos", como que durante la tramitación del asunto la División Estatal de Derechos Civiles concluyó en al menos tres casos que un panadero actuó legalmente al negarse a crear pasteles con decoraciones que degradaban a las personas homosexuales o a los matrimonios homosexuales.

habrán pensado en esa creación como un ejercicio de la libertad de expresión", dicha circunstancia tiene una relevancia particular. Así, la corte suprema desaprovechó la oportunidad para abundar sobre dicha circunstancia en comparación a si el *acto reclamado* fuese distinto en los términos de la ley en estudio[4]. La legislación hace referencia al "disfrute de bienes, servicios, instalaciones, privilegios, ventajas o alojamiento de un lugar de alojamiento público." ¿Cuál hubiese sido la postura del tribunal si el ejercicio de la libertad de expresión no se hubiese materializado en la elaboración de un producto, sino, por ejemplo, la denegación de un servicio? ¿La decisión hubiese sido la misma? Por lo que hace a *Masterpiece*, no lo sabemos.

En segundo lugar, y lo que en mi consideración constituye el punto medular de la sentencia, es lo relativo a lo que el tribunal denomina las "genuinas creencias y convicciones" del panadero como fundamento para su negativa de proveer el servicio mencionado. Como ya se mencionó, la corte reconoce por un lado que "las leyes y la Constitución pueden, y en ciertos casos deben, proteger (a las personas homosexuales)" en el ejercicio de sus derechos civiles. Por otra parte, resalta que "las objeciones religiosas y filosóficas al matrimonio gay son opiniones protegidas y en algunos casos formas de expresión protegidas". Sin embargo, también reconoce, "es una regla general que dichas objeciones" no permiten "denegar a personas protegidas el acceso igualitario a los bienes y servicios bajo la aplicación general y neutral de las leyes sobre servicios públicos". ¿Cómo llega, entonces, la corte constitucional americana a concluir que en el caso en estudio la denegación del servicio no cae en estas consideraciones?

[4] La parte ahora relevante de la Ley Anti-Discriminación de Colorado señala: "It is a discriminatory practice and unlawful for a person, directly or indirectly, to refuse, withhold from, or deny to an individual or a group, because of disability, race, creed, color, sex, sexual orientation, marital status, national origin, or ancestry, the full and equal enjoyment of the goods, services, facilities, privileges, advantages, or accommodations of a place of public accommodation."

En este sentido, la corte sí reconoce dos circunstancias: que existen casos en los cuales no se pueden proteger derechos en casos generales cuando se busque "proteger en el ejercicio de sus derechos civiles" de las personas homosexuales,[5] y que las leyes del estado "pueden proteger a las personas gay de la misma forma en que protege a otras clases de individuos al adquirir cualquier producto o servicio que quieran en los mismos términos y condiciones como les son ofrecidas a otros miembros del público".[6] El caso en estudio, sin embargo, no cabe en estas circunstancias: "al pastelero probablemente le fue difícil encontrar una línea en la que los derechos de los clientes a los bienes y servicios se convirtieran en una demanda para que él ejerciera el derecho a su propia expresión personal para su mensaje, un mensaje que él no podía expresar de una manera coherente con sus creencias religiosas".

La corte reconoce, para tales efectos, un derecho del comerciante "a la neutral y respetuosa consideración de sus demandas en todas las circunstancias del caso". Sin embargo, ésta nunca señala cuáles consideraciones debió tomar la comisión demandada con la finalidad de lograr dicha "neutral y respetuosa consideración". Se limita, más bien, por un lado, a argumentar contractualmente, enunciando los casos en los cuales hubiese tomado una decisión distinta y, por el otro, a destacar el comportamiento de la comisión demandada que efectivamente comprueba los hechos censurados por el tribunal. Aunque dichos aspectos son valiosos para valorar el procedimiento efectivamente realizado, los argumentos carecen de nociones conceptuales que hubiesen convertido a dicha decisión en un precedente valioso para la línea jurisprudencial respectiva.

[5] La corte cita el caso de la objeción de un miembro del clero. En este caso, reconoce que dichos miembros no pueden ser obligados a oficiar una ceremonia en favor de una pareja homosexual sin negarles su libre ejercicio de la religión.

[6] El tribunal admite que si un pastelero se negara a cualquier producto para bodas gay, "ese sería un tema distinto y el Estado tendría un caso robusto bajo los procedentes de esta corte de que esto sería una denegación de bienes y servicios que iría más allá de cualquier derecho protegido de un pastelero que ofrece bien y servicios al público en general, y es sujeta a la neutralidad aplicada y generalmente aplicable a la ley de espacios públicos."

Finalmente, por lo que hace al significado de la decisión, cabe destacar, como se puede prever, que este en realidad es muy limitado. Como la misma corte admite, la decisión se funda sobre las consideraciones relativas al comportamiento procedimental de la Comisión de Derechos Civiles de Colorado hacia el apelante: dicho órgano, a su juicio, "mostró elementos de una clara e inadmisible hostilidad hacia las genuinas creencias religiosas que motivaron su decisión". En otras palabras, si la comisión hubiese realizado un procedimiento que sí tuviera en cuenta dichas creencias, la corte advierte otro resultado y hasta una decisión más robusta. Sin embargo, el tribunal nunca destaca argumentos que nos permitan entrever cuál hubiese sido este, cómo se hubiese manifestado dicho procedimiento, o siquiera cuáles estándares serían los admitidos en una escenario distinto. Las consideraciones del tribunal son, entonces, meramente procedimentales, poco significativas para un tribunal constitucional con tanto peso político y simbólico como el americano.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)

Amparo en Revisión 601/2017
[4 abril 2018]

Paloma Lugo Saucedo
Academia IDH

El amparo en revisión 601/2017 del cuatro de abril del dos mil dieciocho, resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) versa sobre la determinación de la calidad de *víctima* de violación de derechos humanos de una adolescente agredida sexualmente, a quien se le negó el derecho de interrumpir legalmente su embarazo, sin causa justificada.

Los hechos se remontan al treinta de noviembre del año dos mil quince, fecha en que la joven denunció la agresión sexual, al mismo tiempo que manifestó encontrarse embarazada, como consecuencia del acto delictivo. Dicha situación se confirmó a partir de las diversas valoraciones médicas a las que fue sometida, y en las cuales se puntualizó, además, que el producto presentaba alteraciones congénitas que configuraban al embarazo como uno de alto riesgo.

Al solicitar la interrupción del embarazo, conforme a las causales en las que no es punible el aborto contenidas en el Código Penal del Estado de Morelos[1], la institución de salud Hospital Ge-

[1] Artículo 119 del Código Penal de Morelos.
No es punible el aborto:
1. Cuando sea resultado de una acción notoriamente culposa de la mujer embarazada;
2. Cuando el embarazo sea resultado de un delito de violación;
3. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo este último el dictamen de otro médico, siempre que ello fuera posible y no sea peligrosa la demora;
4. Cuando a juicio de un médico especialista se diagnostiquen alteraciones congénitas o genéticas del producto de la concepción que den como resultado daños físicos o mentales graves, siempre quela mujer embarazada lo consienta; y
5. Cuando el embarazo sea resultado de la inseminación artificial realizada sin el consentimiento de la mujer.

neral "José G. Parres", a partir y de conformidad con los acuerdos sostenidos en la sesión correspondiente del Comité de Bioética de dicha institución, negó la interrupción, argumentando la ausencia de alguna justificación médica que permitiera el acto y puntualizando, además, que si bien existe una malformación congénita en el producto, esta no ponía en riesgo la vida de la madre; respecto de la excluyente de delito resultado de una violación sexual no hubo manifestación alguna, a pesar de la denuncia presentada.

Luego de una serie de eventos procesales, y a raíz de la audiencia constitucional por virtud del amparo indirecto presentado por la menor de edad, el Juez de Distrito resolvió, por una parte, sobreseer el juicio de amparo, en razón de que la parte quejosa no aportó las pruebas idóneas ni suficientes para comprobar que la negativa de interrumpir su embarazo fuera injustificada y se considerara tortura, y por la otra, conceder el amparo a la quejosa únicamente en función de la falta de motivación y fundamentación contenidos en el Acta de Reunión que llevó a cabo el Comité de Bioética, puesto que no se precisaron las razones particulares que arribaron a la determinación de negar la interrupción. Es decir, la autoridad responsable no detalló en qué consistió el caso clínico, ni la metodología utilizada y solamente expuso argumentos dogmáticos y ambiguos carentes de sustento legal. El amparo se concedi**ó** para efecto de que la autoridad responsable (Comité de Bioética) dejara sin efectos el Acta de Reunión y pronunciara otra determinación en aras de satisfacer los vicios formales advertidos y con el objetivo de tutelar el derecho humano de fundamentación y motivación consagrado en el articulo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin entrar al fondo del asunto.

Inconforme, la quejosa interpuso recurso de revisión contra la sentencia emitida por el Juez de Distrito ante el Tribunal Colegiado correspondiente; sin embargo, el órgano colegiado, al confirmar que la fecha probable de parto fue posterior a la fecha de presentación del recurso, advirtió una posible causa de improcedencia que pretendía el sobreseimiento del juicio, sin tomar en cuenta evidentemente las consecuencias del acto de autoridad; No obstante

la quejosa manifestó su negativa sobre dicho sobreseimiento, en tanto que existía la materia del juicio por tratarse de violaciones graves a sus derechos humanos, logrando así que el órgano colegiado solicitara al tribunal máximo del país ejercer su facultad de atracción. El cuatro de abril de dos mil dieciocho, la SCJN decide amparar y proteger a la quejosa señalando, además, de una serie de amplias y diversas medidas de reparación.

Con esta sentencia, la SCJN se pronuncia, por primera vez, al respecto de la interrupción legal del embarazo por violación sexual, constituyendo un referente muy importante y fundamental a nivel nacional que reconoce expresamente los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres a partir de un interesante razonamiento. Si bien se centra en determinar si la actuación de las autoridades señaladas como responsables, así como la negativa de la interrupción legal del embarazo por violación sexual componen o no violaciones graves de derechos humanos, concluye reconociendo que tal negación constituye una violación grave a los derechos humanos de las mujeres.

En la sentencia, la SCJN posicionó y reforzó la obligación de cumplir con el principio de debida diligencia, consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos y de actuación obligatoria para el Estado, y que consiste en un deber de cuidado o una obligación Estatal de hacer todo lo materialmente posible y sin dilación alguna para respetar y garantizar los derechos de las personas. En el caso concreto el sobreseimiento del juicio por las razones de forma aludidas consistió en una grave falta de cuidado, que retrasó injustificadamente el proceso, puesto que ya ha sostenido la SCJN que, frente a causas de improcedencia que involucren un análisis de fondo, no procede decretar el sobreseimiento y por tanto es obligación desestimar dichas causas.

Es de reconocer la perspectiva de género utilizada durante el razonamiento y análisis del caso. En ese sentido, la SCJN ha sido enfática en la obligación que tienen todos los órganos jurisdiccionales del país en impartir justicia con perspectiva de género. Así mismo,

la ha definido como un método que pretende detectar y eliminar todas las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por su condición sexo genérica, lo que implica juzgar considerando las situaciones de desventaja que, por cuestiones de género, discriminan e impiden la igualdad (Scjn 2015).

De acuerdo con lo anterior, la obligación estatal se refiere al deber de velar porque en toda controversia jurisdiccional, en la que se advierta una situación de violencia, discriminación o vulnerabilidad por razones de género, ésta se tome en cuenta, a fin de visualizar claramente la problemática y garantizar el acceso a la justicia en forma efectiva e igualitaria. En otras palabras, la obligación de impartir justicia con perspectiva de género debe operar como regla general y enfatizarse en aquellos casos donde se esté ante grupos de especial vulnerabilidad, como se actualiza en el caso que nos ocupa, al tratarse de una mujer, adolescente, víctima de violación sexual y embarazada en consecuencia.

De acuerdo con lo anterior, el completo análisis que llevó a cabo la Scjn de conformidad con lo dispuesto en diversos ordenamientos como el Código Penal de Morelos, la Ley General de víctimas, la Nom-046-SsA2-2005, la Ley de Víctimas del Estado de Morelos y, bajo los principios de interpretación conforme y *pro persona*, permitió que se tuvieran por acreditados los graves actos violatorios de derechos humanos en contra de la menor de edad, pero sobre todo colocó en el referente nacional un estándar mínimo de protección y actuación para todo el país conformado, por lo menos, con dichos ordenamientos.

Dentro de este estándar mínimo visibilizó la doble victimización que sufren esas mujeres por ser víctimas de una violación sexual y por tener un embarazo no deseado producto de tal delito al señalar la obligación que tienen los Estados de prestar servicios médicos de aborto en casos de violación sexual, y que su negativa constituye *per se* una violación grave puesto que extiende el sufrimiento, daño físico y psicológico que sufre la mujer consecuencia del acto delictivo.

Por último, es importante resaltar que la SCJN reconoció la calidad de víctima directa a la joven, así como la calidad de víctimas indirectas a su madre y padre, lo que de manera automática permitió el acceso a recursos del fondo contenidos y previstos en la Ley General de Víctimas. En ese sentido, la SCJN otorgó una reparación integral a las víctimas con perspectiva de género con base en los principios de enfoque diferencial y especializado, lo que garantizó que se visibilizara la existencia de una mayor situación de vulnerabilidad de la víctima debido a su edad y a su género.

A pesar de que la sentencia constituye una práctica plausible que reconoce y garantiza los derechos de las mujeres, considero interesante señalar como observación, que aun cuando la sentencia ampara y protege a la víctima, la sentencia podría fortalecerse también al incluir argumentos y ordenamientos jurídicos internacionales, igualmente vinculantes para el estado mexicano, que además de resolver el caso concreto contribuyan a la transformación cultural, y a la progresividad de los derechos humanos, utilizando por ejemplo la relación con el delito de tortura, que fue alegado por la víctima, pero desestimado y no analizado en ninguna etapa del juicio.

Será interesante, por ejemplo, analizar esta relación a la luz de referencias internacionales como la señalada por el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes, el cual sostiene que "denegar el acceso al aborto seguro y someter a las mujeres y niñas a actitudes humillantes y sentenciosas en esas situaciones de extrema vulnerabilidad y en las que es esencial acceder en el plazo debido a la asistencia sanitaria equivale a tortura y malos tratos" (Informe A/HRC/31/57, 2016)

Lo anterior, en virtud del poder simbólico y transformador que poseen las sentencias, en las relaciones asimétricas, y su potencial para visibilizar y revertir los efectos de las estructuras de poder basadas en estereotipos que condicionan exclusión y marginación.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)

Acción de inconstitucionalidad 10/2014 y su acumulada 11/2014 [22 marzo 2018]

Carlos Zamora Valadez
Academia Idh

I. Antecedentes

El tres de abril de 2014 la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (en adelante Cndh), impugnó la constitucionalidad de trece artículos del Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante Cnpp). A esta acción de inconstitucionalidad le fue asignado el número 10/2014. La presentación de la demanda por parte de la Cndh se debió a que el organismo garante de los derechos humanos en México consideró que la ambigüedad y la vaguedad en la redacción de los artículos impugnados podrían permitir la discrecionalidad y subjetividad en su aplicación, por parte de las autoridades.

Por su parte, el entonces Instituto Federal de Acceso a la Información, y Protección de Datos (en adelante Ifai), interpuso su demanda el cuatro de abril del 2014, impugnando la constitucionalidad del artículo 303 del Cnpp. Luego de asignarle el número 11/2014, esta acción de inconstitucionalidad fue acumulada a la presentada por la Cndh.

Previo a su acumulación, las acciones de inconstitucionalidad fueron turnadas a la ponencia del Ministro Luis María Aguilar Morales, sin embargo, al ser designado como Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante Scjn), el expediente fue turnado, el cinco de enero de 2015, al Ministro Juan N. Silva Meza, quien solamente duró con el mismo un año, ya que al concluir su periodo como Ministro, el cinco de enero de 2016, el expediente fue remitido a la ponencia del Ministro Javier Laynez Potisek, quien fue el encargado de preparar y presentar el proyecto de sentencia.

Así, luego de la verificación de la competencia del Pleno de la SCJN; la oportunidad en la que fueron presentadas las demandas; la legitimación, tanto de la CNDH, como del IFAI para presentar las acciones de inconstitucionalidad; y de no advertir motivos de improcedencia o de sobreseimiento, se comenzó con el estudio y posterior resolución del expediente.

II. Resolución

El proyecto fue dividido en nueve temas, siendo éstos los siguientes:

1. Inspección de personas y de vehículos

La CNDH sostuvo que los artículos 132, específicamente en su fracción VII, 147 en su párrafo tercero, 251 fracciones III y V, 266 y 268 del CNPP, vulneraban los derechos a la libertad personal y de tránsito; seguridad jurídica; privacidad y vida privada; integridad personal y de no injerencias arbitrarias; así como los principios de legalidad y de certeza jurídica. Al respecto, la SCJN resolvió que si bien, "la regulación sobre los actos de inspección contenida en el Código Nacional de Procedimientos Penales pudiera parecer escueta, no por ella es inconstitucional" (SCJN 2018: 67).

2. Detención en flagrancia por delitos que requieren querella

La impugnación del art. 148 del CNPP se debió, de acuerdo con lo señalado en la demanda de la CNDH, porque a su juicio violaba los principios pro persona, de presunción de inocencia y de legalidad, así como los derechos de seguridad jurídica y a la libertad personal. Sobre ello, se resolvió que debido a que el propio art. 148 limita a 24 horas la retención de una persona detenido en flagrancia, sin que se haya presentado formal querella por parte legitimada para ello. En tal sentido, se consideró infundado el concepto de violación alegado por la CNDH.

3. Aseguramiento de activos financieros

Al impugnar la constitucionalidad del art. 242 del CNPP, la Comisión consideró que éste vulneraba las garantías de legalidad,

seguridad jurídica, debido proceso, audiencia previa, protección de injerencias arbitrarias y derechos de propiedad privada. Aquí, el Pleno consideró que el aseguramiento de activos financieros requiere de control judicial previo, y debido a que este control no se encontraba en el art. 242, se declaró su inconstitucionalidad y por lo tanto su invalidez.

4. Embargo precautorio y aseguramiento de bienes por valor equivalente

Por considerarlo violatorio de las garantías de legalidad, seguridad jurídica, debido proceso, audiencia previa, protección de injerencias arbitrarias, derechos de propiedad privada, taxatividad y plenitud hermética, la Comisión consideró que el artículo 249 del CNPP era inconstitucional. Por ello, el Pleno de la Corte declaró la invalidez de la porción normativa "decretará o", del mencionado artículo.

5. Geolocalización en tiempo real

Por considerarlo contrario al derecho a la privacidad, la protección de datos personales, y el principio de legalidad, la CNDH, cuestionó la validez del artículo 303 del CNPP. Por su parte, la SCJN en su análisis consideró que lo dispuesto en el artículo impugnado no preveía que la geolocalización en tiempo real se acotara a ciertos delitos y/o supuestos, por lo que declaró la invalidez del primer párrafo del art. 303.

6. Resguardo domiciliario como medida cautelar

Por considerar que vulnera el derecho a la libertad, al no cumplir con las formalidades esenciales exigidas por el art. 14 constitucional, la CNDH impugnó lo dispuesto en el artículo 155, fracción XIII del CNPP, respecto a la posibilidad de imposición al imputado, del resguardo domiciliario como medida cautelar. No obstante, el Tribunal Pleno consideró que, si bien esta medida cautelar no se encuentra expresamente prevista en la Constitución, sí es congruente con los principios que permean al proceso penal y, por lo tanto, resulta constitucional.

7. Duración de las medidas cautelares

Debido a considerar inconstitucional la porción normativa "por el tiempo indispensable", prevista en el párrafo primero del art. 153 del Cnpp, ya que es contrario, dice la Cndh, a los principios de legalidad, seguridad jurídica y exacta aplicación de la ley penal, decidió impugnarlo. Por su parte, la Scjn consideró que "la ausencia de un plazo o catálogo temporal para la imposición de una medida cautelar no implica establecer o conceder atribuciones arbitrarias o en exceso discrecionales al juez de control" (2010: 164), y por lo tanto lo previsto en el art. 153 primer párrafo resulta constitucional.

8. Arresto hasta por quince días como medida de apremio

Luego de la impugnación realizada por la Comisión, del art. 355, último párrafo del art. 355, debido a que la medida de apremio en el contemplada excede el término de 36 horas, previsto en el art, 21 de la constitución, para el arresto como sanción administrativa. Por tal motivo, se declaró la invalidez de tal precepto.

9. Asistencia jurídica internacional a petición del imputado

Por último, en el análisis de la constitucionalidad del art. 434 último párrafo del Cnpp, ya que la Cndh lo consideraba violatorio a la equidad procesal y al principio de reciprocidad, la Scjn reconoció la validez constitucional de la porción normativa que hace referencia a que la asistencia jurídica solo puede ser invocada para obtener medios de prueba ordenados por la autoridad investigadora, o bien la judicial. Sin embargo, respecto a la porción que señala "pero jamás para las ofrecidas por los imputados o sus defensas" (Diario Oficial de la Federación 2014), si bien el proyecto proponía declarar su inconstitucionalidad, esto se desestimó, ya que solo una mayoría de 6 ministros, y por lo tanto se desestimó la acción sobre el artículo en comento.

III. Conclusión

Con la resolución de la acción de inconstitucionalidad 10/2014, así como de su acumulada 11/2014, la SCJN aclaró muchas cuestiones que por la falta de claridad en el CNPP generaban múltiples confusiones y preocupaciones. No obstante, es necesario señalar que en gran medida, las consideraciones planteadas, principalmente por la CNDH, se basan en las experiencias generadas durante la vigencia del anterior sistema, conocido como tradicional.

Lo anterior, si bien puede explicarse, incluso hoy en día, ya que aún no puede hablarse de una consolidación del todavía llamado "nuevo sistema de justicia penal", y que en la práctica las y los operadores del sistema continúan, en ocasiones, abusando del marco legal para lograr sus objetivos, no significa que su regulación en el CNPP sea inconstitucional. Por ello, es relevante el análisis que realizó la Suprema Corte, en el cual se señala que "ningún parámetro de constitucionalidad podría abarcar al cien por cierto todos los casos" (2010: 66), y que por lo tanto, tendrá que analizarse caso por caso, a través de los mecanismos establecidos en el propio código, y siguiendo un control horizontal entre las partes, si las prácticas de las y los litigantes se ajustan a la legalidad, o si por el contrario vulneran derechos de los intervinientes.

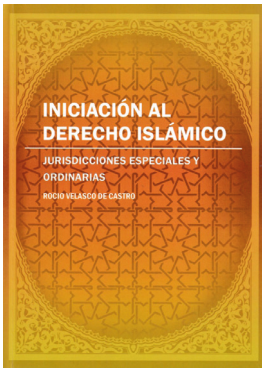
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Esta sección está conformada por síntesis que informan sobre el contenido, aporte y significado de obras jurídicas académicamente relevantes en materia de derechos humanos; ya sea publicadas durante los últimos años, o bien editadas con anterioridad y consideradas esenciales en los temas abordados por esta publicación.

En esta ocasión, y por tratarse de la primera edición de esta publicación, los textos reseñados fueron seleccionados por los editores de la publicación de entre las obras referidas publicadas en el último año, y los autores de dichas reseñas fueron invitados específicamente para la elaboración de dichas reseñas.

Velasco de Castro, Rocío, *Iniciación al Derecho Islámico. Jurisdicciones Especiales y Ordinarias,* Asociación Veritas para el Estudio de la Historia, el Derecho y las Instituciones y Omnia Mutantur, S. L, Segovia, 2017, 667 pp.

Magda Yadira Robles Garza
Academia IDH



El estudio de los derechos humanos impone a todos los actores de la sociedad retos y nuevas miradas sobre su conceptualización, sobre todo, respecto a su aplicación, las formas y mecanismos por los cuales se puedan hacer efectivos a todas las personas. Cada vez es más frecuente escuchar y debatir sobre cuestiones que antes eran ajenas al debate jurídico contemporáneo y tampoco es alejado decir que tanto los operadores jurídicos como los jueces, por ejemplo, enfrentan nuevas perspectivas para interpretar principios tan básicos como la no discriminación, el interés superior del menor, la perspectiva de género, la inclusión de personas en situación de discapacidad, por mencionar algunos.

Este ambiente que se vive tanto en tribunales como en la vida diaria, no es -ni debe ser en mi opinión-, ajeno a la academia. Precisamente, aquí, en la Academia Interamericana de Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Coahuila, constatamos cada día la necesidad, pero también de la riqueza académica e intelectual, que los derechos humanos atribuyen a nuestro trabajo.

Este sentido y necesidad de entender la concepción de persona o ser humano y cómo se materializa en términos de proteger la vida, familia, integridad, religión, patrimonio en diferentes ámbitos y lugares del mundo, me llevó a proponer al comité editorial de la Revista *Akademía* la recensión de la obra de una gran y querida amiga andaluza, Rocío Velasco de Castro, Licenciada en Filología,

RESEÑA

con especialidad en Estudios Árabes e Islámicos por la Universidad de Sevilla y Doctora en Estudios Árabes e Islámicos por la misma Universidad, actualmente cursando el Doctorado en Historia en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (Uned), en España.

En octubre de 2017, Rocío Velasco de Castro presenta la obra intitulada: *Introducción al derecho islámico*, editada en Valladolid por Veritas e impresa en Segovia por Taller Imagen en el mismo año. La obra nos presenta de una manera ágil y clara, en diez capítulos una revisión al derecho islámico, como disciplina de estudio. Aquí, la autora no sólo expone la complejidad del estudio de la creación de las fuentes del derecho, su compilación y aplicación actual, sino que explica las influencias y discrepancias que deben tomarse en cuenta para su entendimiento. Me explico, advierte de su vinculación con el elemento religioso, sus particularidades culturales y el contexto histórico que han influido en su gestación. Producto de prejuicios, terminología y un idioma -como el árabe- son elementos claves para entender las recientes modificaciones introducidas en los códigos de familia, las particularidades que presentan algunos conceptos jurídicos en algunos países y los factores que determinan su permanencia de sus leyes fundamentales o bien, un progresivo movimiento hacia la coexistencia con otras instituciones ordinarias, todo ello envuelto en la tradición jurídica que le es propia.

A continuación presentaré una breve recensión sobre los capítulos que integran la obra, pero aviso al lector, que me detendré particularmente en el último tercio de ellos porque presentan, en mi parecer, una aportación relevante para el estudio de los derechos humanos, como es el proceso de conformación de una Declaración Islámica Universal posterior a la Segunda Guerra Mundial y los alcances que tiene hoy en día respecto a temáticas como la perspectiva de género, la no discriminación y los derechos derivados de la familia.

Siguiendo este planteamiento, los primeros dos capítulos exponen de manera clara y sucinta los conceptos claves para abordar el estudio del derecho islámico (*fiqh*) y la ley islámica como son

los términos *islámico* y árabe, o bien, *islámico* y *musulmán*. Por un lado, la ley islámica resume el pensamiento islámico, de un modo de vida y se constituye como el núcleo mismo del islam, por tanto, su relación con la religión hace que tenga un alcance mucho más significativo que el derecho musulmán. Dicho, además, que el adjetivo solo es atribuible a personas y no a conceptos y normas jurídicas.

Mientras que hablar de ley islámica regularmente hablamos de países de mayoría musulmana, no necesariamente son países árabes. Para ejemplificar esta confusión Rocío Velasco advierte, la pertenencia al mundo árabe deviene de dos elementos: primero, emplear la lengua árabe como lengua de cultura, que no como única lengua. Es decir, Irán que aplica la ley islámica pero no pertenece a este grupo. Y segundo, una cuestión política, es decir, además de tener el árabe como lengua oficial, ser árabe implica pertenecer a la Liga de Estados Árabes como tal constituida. Por su parte, los países de mayoría islámica se engloban en la Organización de la Conferencia Islámica. En palabras de Rocío: "ni todos los árabes son musulmanes ni la mayoría de los musulmanes son árabes" (Velasco 2017: 24).

En tal entendimiento, del concepto de la ley islámica se derivan tres ideas fundamentales que Rocío resume: es un conjunto universal de deberes religiosos que regulan la vida de las personas en todos sus ámbitos, incluidos los deberes religiosos, pero también la vida política y normas jurídicas. Segunda, la vida del creyente y las normas jurídicas forman un complejo sistema de reglas religiosas y morales, donde las segundas derivan de las primeras. Y tercera, la ley islámica es un proceso de interpretación, normalización y codificación de estas prescripciones divinas según las escuelas existentes (Velasco 2017: 19).

La evolución de la ley islámica a lo largo de su historia presenta dos cambios notables. Uno fue la introducción de una teoría jurídica que negaba la existencia en dicha ley de cualquier elemento que no fuera islámico, por tanto, limitaba las fuentes solo al Corán y la Tradición profética. El segundo, inicia en el siglo XX y se refiere a

la legislación modernista de los gobiernos contemporáneos a través de una articulación más moderna. Hasta entonces, la ley islámica clásica gozaba del monopolio ideológico, pero como apunta Rocío, la ruptura inicia con el contacto con Occidente y la imposición de los regímenes coloniales que se dieron durante todo el siglo XX.

Este apuntamiento es clave para entender, desde mi perspectiva, los cambios que se darán en el marco jurídico del islam y que revolucionaron en dos grandes tendencias en el derecho islámico: la fundamentalista de carácter marcadamente progresista y la integrista. La primera defendía el regreso al sentido originario de las interpretaciones de la Ley y adaptar las bases doctrinales del islam al momento actual. Mientras que los integristas, impulsaron la aplicación literal de los principios como fueron concebidos y codificados con los primeros tiempos del islam.

Para el lector jurista interesado por la aplicación de este derecho, la pregunta obligada sería: ¿cuáles son las fuentes o las bases para distinguir las reglas de la tradición y cuáles los mecanismos empleados para articular la ley? Originariamente, el Derecho Islámico se aplicaba a todas las ramas del saber, después solo comprendía las normas jurídicas extraídas por los juristas, es decir, conjunto de normas que incluían reglas religiosas tanto como derecho civil, penal y público. Sin embargo, con el tiempo el estudio del Corán se conformó como una entidad propia y quedó entendido el derecho islámico como ciencia de las reglas concretas de la práctica del islam. De esta forma, las fuentes del Derecho serán el Corán y la tradición del Profeta y las fuentes secundarias serían el consenso de los sabios y la decisión analógica, mientas que el interés común y la interpretación personal, adquieren una importancia menor porque no parten de una base erudita o sagrada respecto de las primeras.

Desde el punto de vista de los derechos humanos conviene advertir entonces que la Ley islámica conforma un corpus universal, eterno e inderogable. Aunque, el propio Derecho reconoce un proceso propio de la acción humana y que puede ser revisado y modificado que sí puede ser objeto de discusión, pero nunca se

cuestionarían las bases religiosas sobre las que se sustenta la Ley. En consecuencia, los asuntos de la materia constitucional, como la conocemos en occidente, no son regulados directamente por el Derecho Islámico, pero debe estar conforme con los fundamentos de la Ley Islámica. Este aspecto, habrá que recordarlo, cuando más adelante analicemos los conceptos fundamentales sobre los cuales construyen los derechos humanos.

Por su parte, el Capítulo 2 es abundante en conocer la historia de la Arabia pre-islámica con el objetivo de entender el medio social, político y económico, así como religioso en el que se gestó el islam y, por otro, comprender los cambios que se introdujeron en el sistema. Respecto al primer punto, los árabes alcanzaron protagonismo hasta entrados en el siglo VII, aunque su sistema jurídico antes del islam era precario, su naturaleza comerciante y tribal hizo que los procesos carecían de formalismo, prevalecían las prácticas y costumbres de su época y la tribu era la que establecía las normas con arreglo a las cuales debían vivir sus miembros. Los dos grandes centros de poblaciones eran la Meca y Yathrib. La Meca era un centro de comercio y en Yathrib imperaban los agricultores.

Tras la revelación coránica en el siglo VII y en el año 622 la huida del Profeta a Yathrib, tuvo lugar el establecimiento de la primera comunidad musulmana y el comienzo del calendario islámico. Las tribus árabes aceptan a Muhammad como Profeta y portador de Dios. Esta evolución de la sociedad trajo consigo los cambios en las normas: resultó natural que el mensaje religioso del Profeta fuera, a la postre, el legislador político, por tanto, el Corán se constituye así, como los objetivos y aspiraciones de la sociedad musulmana. Así, el Corán se impone como una formulación ética religiosa, como relevación divina no puede aplicarse a las normas inspiradas en él. De ahí que el carácter genérico y universal del Corán hace que la mayoría de sus preceptos subyacen en una sociedad: compasión por los miembros más débiles de la sociedad, equidad y buena fe en las transacciones comerciales, incorruptibilidad en la administración de justicia y otras máximas que nos son familiares tanto en nuestra cultura como en otras culturas y religiones.

Sin embargo, cuestión distinta ocurre en las regulaciones específicas del islam, como el ropaje de las mujeres; la división de los botines de guerra, la prohibición de comer cerdo, la pena por azotes por infidelidad o la regulación de la poligamia. Sin embargo, como bien apunta Rocío, estos aspectos particulares deben ser estudiados y entendidos en el contexto propio, como el caso de la prohibición de comer cerdo, que podría atribuirse a la epidemia de triquinosis por la ingesta de esta carne provocó una suspensión temporal que interpretaciones posteriores descontextualizaron de su marco general e histórico. Lo mismo explica Rocío, para el caso de la penalización por el adulterio que originalmente no hacía distinción de género, posteriormente sí ha sido interpretado en países como Arabia Saudí, de manera discriminatoria para las mujeres.

En los Capítulos 3 y 4, la autora presenta mediante el uso –atinado- de cuadros y mapas conceptuales el desarrollo de las bases doctrinales que conformaron el Derecho Islámico durante su etapa primaria influyeron tanto la expansión territorial y el nacimiento del imperio islámico como la complejidad de la administración, dando lugar a confirmar que el Corán no tenía todas las respuestas que estaban surgiendo de esta realidad cambiante.

Las siguientes etapas de su conformación y los principales problemas que se encontraron al establecer la norma derivada del Corán los llevó a la interpretación del mismo. En este ejercicio interpretativo acudieron, como muestra la autora, a diversas estrategias, por un lado, la *Sunna* (tradición) considerada como la segunda fuente del Derecho después del Corán. Se empleó en el islam a "lo dicho y hecho por el Profeta" que corresponde a la voluntad normativa (*sunna* legal) para distinguirlo de lo cotidiano (*sunna* no legal).

Este mecanismo de interpretación para los *silencios del Corán* reflejó, sin duda, como afirma Rocío, las dificultades de la época. El cuestionamiento sobre la autenticidad de las fuentes y la variedad de tendencias para la interpretación de las normas, tanto religiosas como de la vida común. Destaco, por lo que me ha llamado la

atención el sistema de fuentes secundarias para darle valor a las normas, por ejemplo: el sistema de *hadices* y su clasificación. *Hadiz* es traducido por Rocío, como *noticia*. Esto es, aplicado a nuestra lectura, se entiende como una breve anécdota o narración hecha por el Profeta, ya sea recogido por uno de los compañeros o alguna declaración de ellos mismos, también puede traducirse como *tradición*, ya que transmite datos e información de la *Sunna*, es decir, de la costumbre normativa del Profeta y dela *Umma* primitiva, por tanto, con valor de fuente del Derecho.

Sin embargo, el problema no queda en este mero relato o anécdota, sino en la complejidad elaborada para dar validez a este *hadiz*: elementos políticos, económicos, sociales, como lo muestra la existencia de 7 sistemas de clasificación de *hadice*s: en función de la fiabilidad y memoria de los transmisores, en función de la cadena de transmisión continua o interrumpida; en función del número de transmisores en cada eslabón; en función de una autoridad concreta; en función de la naturaleza del texto; entre otros. El lector interesado en este complejo sistema de transmisión de mensajes o narraciones del Profeta, los puede ver en los cuadros elaborados por la autora (Velasco 2017: 109-115).

Los Capítulos 5 y 6 se dedican por la autora, a exponer la evolución de este derecho a través de la conformación de su jurisprudencia y la aplicación de sus reglas del sistema jurídico en la etapa del islam clásico. Y particularmente, recomiendo el periodo de al-Andalús, que refleja las especificidades que tuvo el derecho islámico durante los ocho siglos de la España musulmana, en rubros importantes como, por ejemplo, la agricultura, el régimen de propiedad, los contratos civiles y mercantiles y, particularmente, la importancia que el agua tenía para la comunidad islámica, cuya doctrina se fundamenta en lo razonablemente justo, así como la persecución y penalización para las acciones contaminantes.

En el Capítulo 7 Rocío se ocupa de la evolución del derecho islámico del medievo a la edad moderna, destacando la decadencia del imperio islámico reflejada en el estado político y de gobierno con

tres califatos entre los siglos X al XIII que trae consigo el proceso de desaparición de al-Andalus por el avance territorial de los reinos cristianos en estos territorios. Este momento tuvo su influencia en lo jurídico porque, a la postre, el derecho islámico admitió que el ideal religioso no representaba la expresión completa de la nueva configuración social, política y económica gestada en la impronta moderna.

Precisamente, la autora dedica el Capítulo 8 de la obra para analizar la recepción de la modernidad, tanto el imperialismo como la colonización, en el derecho islámico. El siglo XIX como es sabido, se caracteriza por el auge del imperialismo europeo frente al declive del imperio otomano, como dice Rocío: la consecuencia de la debilidad turca, fue la repartición colonial del mundo árabe tras la derrota oficial en la Gran Guerra. Los efectos de lo anterior son resaltados por la autora en varios ámbitos, por lo que respecto a lo jurídico, pues no era menos de esperar que el reparto colonial (Francia y Gran Bretaña en mayor medida y también la influencia de Alemania, Italia y España está presente en este proceso de colonización) trajera como consecuencia reformas importantes en los sistemas jurídicos hasta entonces vigentes en los países árabes e islámicos, particularmente la autora señala los de dominio árabe: norte de África, Oriente Próximo y Golfo Pérsico.

La injerencia europea introdujo normativas y derechos que contravenían las fuentes, salvo en el caso de las jurisdicciones especiales, en donde, apunta Rocío, pervivió en los ordenamientos jurídicos contemporáneos en los países árabes e islámicos. Sin duda, la pluralidad de modelos y tendencias fue la principal característica en este proceso de renovación interna, ya sea a través del proceso de imposición de modelos ajenos o en natural avance como sucedió con el proceso de secularización del espacio público donde no se percibe contraria a los valores islámicos tradicionales.

Dos casos merecen mención aparte, como constitucionalista no puedo resistir a mencionarlos: Turquía e Irán. Países que, sin experimentar una colonización directa, participaron en la Gran Guerra llevando a cabo revoluciones constitucionalistas que im-

plicaron cambio de régimen: la monarquía al modo occidental fue sustituida por gobiernos nacionalistas. Similar ocurrió en Egipto en los años cincuenta.

Este largo y diferenciado proceso de cambio en el derecho islámico se ve reflejado en el Capítulo 9, el cual acusa un enmarañado marco geográfico y más de medio siglo y diversidad cultural impiden una explicación homogénea del derecho islámico en la actualidad. Aunque con la presencia de elementos comunes, como el inmovilismo del derecho islámico tradicional, la presencia del derecho consuetudinario y la separación entre la justicia religiosa de la secular, se generaron dos cuerpos jurídicos, en algunas ocasiones con matices marcadamente antagónicos, como la propia autora nos advierte.

Quiero precisar el periodo de la Segunda Guerra mundial a la actualidad, porque me parece que en este marco histórico concreto la autora pone de manifiesto el proceso de descolonización y el nuevo liderazgo de la posguerra: la presencia de los Estados Unidos y la polaridad que la Guerra Fría trajo en las relaciones tanto en el ámbito regional como internacional del mundo árabe e islámico y que llevaría a la toma de postura sobre la elección de los modelos de Estado que vimos en la posguerra, donde el mundo islámico no fue la excepción. Muestra de ello es el recorrido histórico que presenta Rocío desde los años sesenta con el conflicto en Jordania hasta la invasión de Kuwait, Palestina, Israel, la independencia de Egipto, entre otros episodios que la autora explica en este capítulo, no tanto como un ejercicio histórico, sino que me parece que la intención la lleva a exponer en líneas claras y breves la complejidad del estudio de un derecho islámico inmerso en crisis económicas y políticas que marcaron las variables en las fuentes del mismo Derecho como en su entendimiento y aplicación. Sin embargo, subyace, presente e inmóvil la fuente tradicional de índole religiosa.

Finalmente, el Capítulo 10 la autora comparte una panorámica general en el marco histórico-jurídico que ha delineado en los capítulos anteriores del mundo árabe contemporáneo y señala las

principales claves del funcionamiento de la ley islámica en tres ámbitos especialmente controvertidos, como ella misma advierte: el modelo de economía islámica, los derechos humanos y los códigos de familia que regulan los derechos y obligaciones de la mujer musulmana.

Respecto al primer ámbito y, desde mi perspectiva, un aspecto relevante de la propia historia del mundo árabe y musulmán lo constituye el modelo económico, principalmente, lo relativo a la legislación comercial, la banca y el comercio *hal*âl (el aceptado porque cumple con los principios islámicos). El desarrollo, que tanto el comercio como la banca, tuvieron quedan de manifiesto en el volumen de capital del que disponen y a la labor social que realizan en algunos casos. Como prueba de lo anterior la autora nos menciona el *Dow Jones Islamic Markets,* es decir, un mercado en donde las empresas que participan no comercian con los productos prohibidos por el islam como el cerdo, el alcohol o el juego y que, por supuesto, respetan las reglas islámicas de la financiación.

Respecto al segundo ámbito: el de los derechos humanos. Conviene aquí detenernos un poco a comentar un error muy común en el mundo occidental: su incompatibilidad con el islam. Esta afirmación, en decir de Rocío, incurre en tres grandes errores. El primero, por la consideración del Islam como una entidad monolítica, ya que como se ha visto a lo largo de la obra, dejando de lado los valores fundamentales, existen diversas interpretaciones de las fuentes y tradiciones religiosas. En otras palabras, existen diversas corrientes o tendencias dentro de la propia *Umma*, de tal suerte que, lo que choca con el cumplimiento de los derechos occidentales no necesariamente son cuestiones religiosas sino derecho consuetudinario que ha pasado a formar parte de la ley islámica. Segundo error, se confunde la religión oficial con el sistema político. Por tanto, podría decirse que no siempre son los principios del islam sino la instrumentalización de la religión para fines políticos, lo que los convierten en obstáculos para la práctica de los valores democráticos que conocemos en occidente. Y, finalmente, tercer error, se tiende a monopolizar los derechos humanos por los occidentales

obviando la importancia cultural, filosófica y humanista del islam que durante trece siglos han contribuido y forjado un modelo que pretende ser silenciado.

En este sentido, los derechos humanos en el islam no pueden estudiarse como en occidente. En efecto, la historia nos permite recordar que posterior a la Segunda Guerra Mundial, durante los años de la creación de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el mundo árabe estaba sometido a los regímenes coloniales europeos. El proceso posterior, resultó traumático para los pueblos y la incapacidad de algunos estados para reconfigurarse económica y políticamente colaboró permitir las injerencias extranjeras e impedir estructuras democráticas estables.

Fue en 1981 cuando los países participantes en la Conferencia Internacional Islámica de París, adoptaron la Declaración Islámica de los Derechos Humanos. Una década después, en 1990 esta misma Conferencia sustituyó aquél documento por la Declaración de los Derechos Humanos en el islam. Sin embargo, para muchos como señala Rocío, se consideró un retroceso pues los contenidos no generaron consenso entre los participantes, especialmente los países árabes. Este descontento los llevó en 1994 a expedir la Carta Árabe de Derechos Humanos. En 2004 la radicalización de posiciones llevó a generar una nueva Carta Árabe, pero, en 2008 menos de la mitad de los 22 países integrantes la habían ratificado, muestra del poco y claro entendimiento de los países en el tema de los derechos humanos.

En este apartado la escritora expone brevemente los contenidos de la Declaración de 1981: 12 derechos fundamentales prescritos por el islam: el derecho a la vida y a la vida privada; a la libertad y libre asociación; a la igualdad; el acceso a la justicia y a un proceso justo; a la protección contra el abuso del poder y contra la tortura; la protección al honor y la reputación. Recoge también derechos de las minorías; el derecho al asilo, la libertad de creencias; el derecho a crear una familia y el derecho a un orden económico justo.

Respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, la Declaración es omisa, pero no existe en la revelación coránica ningún valor incompatible con los tratados internacionales en esta materia. Sin embargo, aunque pueden apreciarse correspondencia con los valores occidentales, lo cierto que los derechos fundamentales del mundo islámico presentan rasgos distintivos propios del componente religioso que le viene dado por su fuente principal.

Respecto al texto de 1990, si bien introdujo algunos matices respecto del documento de 1981, lo cierto es que la expresa referencia a la ley islámica como única fuente de interpretación o aclaración de los artículos de la Declaración confirmaron el cambio de fondo en el nuevo documento. Las novedades van en torno a los derechos de la población en caso de conflictos armados para el caso de civiles y niños, pero deja fuera a los refugiados. La defensa del medio ambiente también cobra un papel importante; se hace una crítica a la esclavitud y la explotación laboral y contra todas las formas posibles de colonialismo. Respecto a la familia incluye derechos del niño y sus parientes, pero sin definir los supuestos de éstos últimos.

Este sentido de involución, ha sido criticado desde la academia y propició un espacio de diálogo que los países árabes aprovecharon para publicar en 1994 una Carta de Derechos Humanos, al quedar insuficiente la Declaración de 1981 y rechazada la de 1990 por su carácter marcadamente religioso. Lo cual resulta paradójico ya que la nueva Carta árabe de 2004 mostraba la misma línea de la Declaración de 1990, con lo que se evidenciaba el triunfo de las corrientes ultraconservadoras y el retroceso experimentado en ambos intentos de configuración de los derechos humanos.

El tema de la igualdad de género se encuentra muy relacionado con los movimientos en defensa de los derechos humanos de naturaleza progresista que pugnan por un sistema democrático, es decir, entienden que sin la democracia no será posible el reconocimiento de la igualdad. En este sentido, destaco el punto de vista que toma la autora, para analizar el carácter etnocéntrico desde el que se juzga o se pretende analizar estas sociedades sin detenerse a las

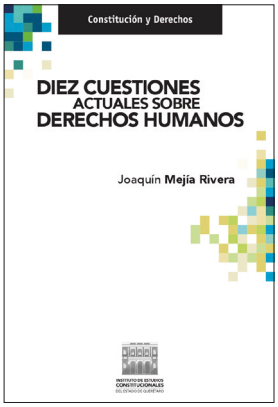
especificidades, como las de Oriente Próximo, ricas en pluralidad étnica, lingüística, cultural y religiosa.

Es de notar que hacen falta más miradas como las de Rocío, que nos permitan analizar un fenómeno social y cultural transversal, multicultural y transnacional, rico y dilatado en el tiempo que enlaza sociedades enteras en las cuales se pueden ver tradiciones que conviven e incluso interactúan con las tradiciones religiosas modernas.

El libro nos invita, sin duda, a estudiar la lucha iniciada por las mujeres particularmente, desde finales del siglo XIX, la cual ha reivindicado asuntos relativos al matrimonio y divorcio, temas específicos como la herencia, la filiación; en todos ellos existe una gran disparidad y reticencia al cambio; aunque con algunas salvedades como expone la autora en las páginas finales del libro. Quisiera no terminara la explicación de otros aspectos relevantes en la vida de las mujeres, pero asumo el compromiso de Rocío, de seguir realizando análisis comparativos de las legislaciones sobre la igualdad de género en el mundo árabe: estaremos pendiente la próxima publicación de nuestra autora.

Mejía Rivera, Joaquín A., *Diez cuestiones actuales sobre derechos humanos,* Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, 366 pp.

Fernando Gustavo Ruz Dueñas
Academia IDH



Cada vez son más las voces cuya incidencia en la opinión pública alertan sobre los peligros del Estado déspota, dictador y tirano. En la actualidad, países considerados como democracias consolidadas alrededor del mundo se cuestionan, con cada vez más fuerza, cual es el papel de los derechos humanos en la construcción del Estado de derecho. Pareciera existir, entre la comunidad internacional, una tendencia crítica hacia el abandono de la cooperación como fuente de soluciones y desarrollo.

Sin embargo, aún y dentro de la constante confusión en la cual vivimos, abrumados por la gran cantidad de información a la que tenemos acceso, y en dónde cada vez es más difícil reconocer la sensatez de quien escribe apegado a criterios científicos y objetivos, existen esfuerzos personales e institucionales que aportan, de sobremanera, esperanza. Ejemplo de lo anterior es el libro que reseño a continuación: *Diez cuestiones actuales sobre derechos humanos*, escrito por *Joaquín A. Mejía Rivera* y publicado por el Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro en febrero de 2018.

Joaquín A. Mejía Rivera es doctor y maestro en *Estudios Avanzados en Derechos Humanos* por la *Universidad Carlos III* de Madrid. Originario de Honduras, *Joaquín* es una persona comprometida con el respeto y protección de los derechos humanos, no solamente desde el ámbito académico, del cual el presente libro es prueba feha-

RESEÑA

ciente; sino también desde la participación en los asuntos públicos relativos a la plena vigencia de todos los derechos en su país. Situación que lo ha convertido en un reconocido defensor de derechos humanos en Honduras.

El libro, cuya primera edición fue publicada en el mes de febrero del presente año, se encuentra disponible en formato electrónico en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (en adelante UNAM). Durante las más de trescientas páginas, el autor pone sobre la mesa –a través de diez capítulos– igual numero de temas o *cuestiones* disímiles sobre la situación actual de la construcción histórica y conceptual de los derechos humanos.

A través de estas líneas, quien escribe pretenderá persuadir al lector sobre el acierto en la lectura y análisis de la obra que aquí se comenta. Para ello, primero se expondrán brevemente los argumentos del autor, en cuanto hace a cada una de las *cuestiones* planteadas a lo largo de libro, lo anterior con el afán de adelantar a quién lee esta reseña, algunos de los elementos más significativos del mismo y con ello incentivar a la lectura completa de la obra. Posteriormente, he de concluir con las razones por las cuales considero al libro como de obligada lectura para aquellas personas acuciosas de nuevos conocimientos sobre los derechos humanos.

Si bien el autor no realiza una división temática en cuanto al contenido de los capítulos que conforman el libro, de su lectura es posible encontrar similitudes temáticas y complementarias entre ellos, por lo cual la narración de los mismos se dividirá en tres etapas: en primer lugar, los capítulos uno, dos y tres versan sobre conceptos básicos coadyuvantes para conocer los sistemas internacionales de protección y las obligaciones estatales en materia de derechos humanos; posteriormente, los capítulos tres, cuatro y cinco se concentran en los derechos económicos, sociales y culturales, su evolución histórica y el papel que juegan en las democracias latinoamericanas; los últimos cuatro capítulos tratan temas aislados, pero que bien vienen a complementar lo dicho en las dos primeras

partes de la obra, tales como la situación de la independencia judicial en Honduras o la relación entre los tratados de libre comercio y los derechos humanos.

El primer capítulo presenta al Estado como el resultado de la conquista histórica de los pueblos para delimitar el poder absoluto planteado por las monarquías, el cual se encuentra en permanente evolución y en la búsqueda de respuestas a las nuevas necesidades de la comunidad. El autor realiza –atinadamente– una breve descripción del proceso histórico mediante el cual el Estado, tal como lo conocemos hoy, se fue conformando. Lo anterior, para centrar el debate en la razón de ser de aquél: los derechos humanos.

Así, en términos del autor, el Estado de derecho se caracterizaría, en el plano formal por el acatamiento de los poderes públicos del principio de legalidad derivado de la Constitución y las leyes, y en el plano sustancial, por la funcionalización de dichos poderes al servicio de la promoción y protección de los derechos humanos establecidos en la misma norma suprema. Lo anterior es importante, pues condiciona la existencia misma del Estado al respeto los derechos humanos de las personas que lo conforman, so pena de regresar a los tiempos en donde la característica de los sistemas políticos era el totalitarismo.

Dicho lo anterior, el segundo capítulo entra en materia en cuanto a los sistemas internacionales de protección de derechos humanos. Intitulado *de San Francisco a San José* en alusión a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante Onu) y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Adh), ambos tratados internacionales, adoptados en las ciudades de San Francisco y San José respectivamente, son considerados como un parteaguas en los esfuerzos de la comunidad internacional en la defensa y protección de los derechos humanos.

En opinión de quien escribe, el capítulo segundo del libro representa para el lector primerizo en el estudio del funcionamiento de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos

una gran oportunidad para comprender –de manera clara y ordenada– pero no por demás exhaustiva el tema en comento. Así, el autor explica sucintamente la conformación y forma de operación del sistema universal y del sistema interamericano de protección de derechos humanos. El detalle técnico de la exposición es impecable.

Concluye el autor este apartado reflexionando sobre la vital importancia que ostenta el cumplimiento de las resoluciones de la Comisión y la Corte IDH para el orden democrático de los Estados miembros del sistema, toda vez que con ellas se envía un mensaje social de rechazo institucional a las violaciones a derechos humanos, se promueve la reparación de las secuelas que originaron tales atropellos y se valora el papel del litigio estratégico como una herramienta jurídica y política que pone en evidencia las carencias de nuestros sistemas de justicia. La incidencia de la sociedad a través de este medio forma parte de la lucha histórica, mencionada con anterioridad y cuyo objetivo es fortalecer el Estado de derecho.

El tercer capítulo continua con la misma tesitura y realiza una revisión de las obligaciones asumidas por los Estados como consecuencia de la ratificación de la Convención ADH. Al igual que el capítulo anterior, las descripciones sobre las obligaciones de los Estados en términos de los artículos 1.1, 2, 8, 24 y 25 de la Convención ADH, así como el principio general de no discriminación y las obligaciones emanadas de los artículos 29 y 30 del mismo ordenamiento, son puntuales en el contenido y bien fundamentadas en la explicación.

Así, el autor nos habla de las obligaciones generales de respeto y garantía, definida la primera como aquella que implica que los Estados deben abstenerse de realizar toda acción que constituya una violación de los derechos reconocidos en la Convención ADH, mientras que la segunda implica el deber de adoptar medidas positivas para lograr el disfrute de los mismos derechos y comprende la obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

En el mismo sentido, los artículos 8 y 25 comprenden las obligaciones de respeto a las garantías judiciales y el derecho a la protección judicial. Por otro lado, el principio general de no discriminación emanado del mismo artículo 1.1 comprende la obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para lograr el disfrute de los derechos humanos en igualdad de condiciones para todas las personas, además de contemplar todos los derechos, desde los civiles y políticos, hasta los económicos, sociales y culturales, sin establecer jerarquías entre ellos.

Dicho lo anterior, los capítulos cuatro, cinco y seis del libro vienen a hablar precisamente de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC). Siguiendo el mismo esquema, el autor plantea primero las obligaciones específicas que surgen cuando el Estado tiene que hacerse cargo del respeto y garantías de los DESC y sus particularidades conforme a los derechos civiles y políticos, además de delimitar conceptualmente y de manera robusta el principio de progresividad a la luz del artículo 26 de la Convención ADH.

Es importante señalar que el autor no incluye dentro del texto la variable relativa a los derechos ambientales, lo cual podría suponer una falta de actualización en su análisis. Lo anterior, toda vez que en los ámbitos universal y regional de protección de derechos humanos, ya se habla de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA).

Así, el capítulo quinto se convierte, por mucho, en el más extenso de la obra, al realizar un recuento cronológico y argumentativo de las deliberaciones en torno a la adopción del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC). La adopción del Protocolo es importante, pues éste faculta a los individuos dentro de los Estados signatarios del PIDESC para presentar comunicaciones individuales denunciando violaciones a los derechos contenidos en el mismo, en otras palabras, le abre la puerta a la justiciabilidad de los DESC dentro del Sistema Universal de protección de derechos humanos.

Lo anterior no es poca cosa y fue parte del acalorado debate relatado por el autor en el capítulo comentado. Al final, como sostiene *Joaquín Mejía*, la importancia del Protocolo radica en que, en el marco de las comunicaciones individuales, la discusión sobre los DESC pasará del análisis de principios abstractos a casos concretos, lo cual ayudará a definir el significado de las obligaciones contenidas en el PIDESC y permitirá a las víctimas someter a escrutinio cuasijudicial la falta de cumplimiento estatal de las obligaciones en esta materia. Además, el sistema creará jurisprudencia, lo cual fortalecerá la concepción de los DESC como derechos plenamente justiciables.

Sobre el mismo tema, el autor comenta un dato curioso: la mayoría de los Estados que se opusieron al Protocolo facultativo son ricos y desarrollado y, en mayor o menos medida, han logrado garantizar los DESC a sus ciudadanos; mientras que la mayoría de los Estados que lo apoyaron forman parte de los países en vías de desarrollo que, hasta el momento, no han sido capaces de garantizar estos derechos a las personas sujetas a su jurisdicción. Así, el Protocolo entró en vigor el 5 de mayo del 2013, lo cual representó un paso enorme en la lucha por la exigibilidad y justiciabilidad de los DESC.

Finalmente, el capítulo sexto profundiza en la relación existente entre los DESC y la democracia en América Latina. El autor expone esta correspondencia afirmando, en términos del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, que cuando un gobierno democrático no responde a las necesidades vitales de la población más vulnerable, relacionada con el desarrollo y promoción de los DESC, la gente tiende a apoyar a dirigentes autoritarios o demagógicos que afirman que si se limitan las libertades civiles y políticas se acelerará el crecimiento económico y se promoverá la estabilidad y el progreso social. Vista la situación actual de países como México o Brasil, no podría tener más razón.

Los últimos cuatro capítulos, tal como se mencionó en el inicio del presente texto tratan temas que, si bien no tienen una relación

común, como los capítulos expuestos hasta ahora, pueden entenderse de manera independiente como sendos ensayos científicos bien fundamentados. Así, el capítulo séptimo aborda la relación desigual entre los tratados de libre comercio y los derechos humanos; el capítulo octavo versa sobre las características de los derechos fundamentales frente a los derechos patrimoniales a la luz de la teoría de Luigi Ferrajoli; el noveno sobre la protesta social, el vandalismo y ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión; por último, el capítulo décimo expone la situación de la independencia judicial en Honduras y la actuación de la Corte Suprema de Justicia durante el golpe de Estado de 2009.

Sobre este último capítulo, el autor realiza un recuento de los antecedentes y del contexto en el cual sucedió el golpe de Estado de 2009 en Honduras. Con base en ello concluye que la actuación del poder judicial y de la Sala de lo Constitucional con respecto a las violaciones a derechos humanos sucedidas, contravino los estándares internacionales referidos a la tutela judicial efectiva, encubrió a los delincuentes y preservó los intereses del poder en turno. Palabras duras del autor, quien las realiza con pleno conocimiento de causa.

En conclusión, el libro *Diez cuestiones actuales sobre derechos humanos* es un gran esfuerzo por recordarnos las bases sobre las cuales los Estados han construido, utilizando los derechos humanos, un camino hacia el futuro. El libro recapitula, de manera detallada, aquellos elementos sobre los cuales se ha edificado la doctrina de los derechos humanos y, además, es un gran aliciente para no soltar el hilo del estudio, debate, comprensión y desarrollo de los mismos. Motivos hay para seguir luchando.

MONITOR DE DERECHOS HUMANOS EN EL MUNDO

El presente apartado es una herramienta diseñada para observar la situación de los derechos humanos mediante la recolección de noticias e información a nivel mundial en la materia, cuya finalidad es registrar novedades internacionales y constitucionales generadas en el mundo para su publicación y consulta, que permita evidenciar problemáticas, perspectivas y eventualidades relacionadas a los derechos humanos.

Para su elaboración, se seleccionan países de forma intencional, agrupados por geografía de continentes, con el objetivo de monitorear diacrónicamente dichos Estados durante un semestre. Posteriormente, se recaban las noticias consideradas relevantes y, en algunas casos, se generan de manera original a partir de diversas fuentes. Finalmente, los integrantes del equipo de monitoreo evalúan y seleccionan las notas que serán publicadas.

Monitor de Derechos Humanos en el Mundo

Enero – octubre 2018

NACIONES UNIDAS

Estados Unidos debe relajar sanciones a Irán: CIJ.

3 octubre 2018.- En un revés a la administración Trump, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) ordenó a Estados Unidos que suavizara algunas sanciones contra Irán, incluidas las relacionadas con el suministro de bienes humanitarios y la seguridad de la aviación civil.

El fallo provisional del más alto tribunal de las Naciones Unidas, también conocido como el Tribunal Mundial, se produjo en respuesta a una petición urgente de Teherán tras el anuncio del presidente Trump en mayo de que se retiraría del acuerdo internacional de 2015 que limitaba las ambiciones nucleares de Irán. Su decisión fue seguida de una primera ronda de sanciones en agosto, y una segunda ronda está prevista para noviembre.

La orden judicial, emitida unánimemente por sus 15 jueces, equivale a una orden judicial. El intento de Teherán de suspender las sanciones es sólo su último caso contra los Estados Unidos en la Corte Mundial. En 2016, Teherán presentó una demanda contra la congelación de activos iraníes en el extranjero por valor de casi 2.000 millones de dólares, que los tribunales de los Estados Unidos han dicho que deberían destinarse a las víctimas estadounidenses de ataques terroristas. (Francisco Reyes) [New York Times]

Chile no está obligado a negociar salida al mar para Bolivia: CIJ.

2 octubre 2018.- La Corte Internacional de Justicia (CIJ), con sede en La Haya, falló a favor de Chile en la demanda interpuesta por Bolivia en busca de lograr una salida al mar. El presidente del tribunal, el somalí Abdulqawi Ahmed Yusuf, ha anunciado que Santiago no tiene la obligación de negociar con La Paz un acceso soberano al océano Pacífico.

Bolivia quería poner fin a lo que denomina "la dependencia y sobrecostes logísticos" en los que incurre para importar y exportar sus productos a través de los puertos chilenos. Pero los jueces, por 12 votos a favor y 3 en contra, han fallado que Santiago "no está jurídicamente obligado a hacerlo, porque ninguno de los acuerdos o tratados firmados por ambos países a lo largo de los años así lo indica; tampoco lo indican otras resoluciones internacionales", según ha dicho Yusuf.

El caso se puso en marcha en 2015, cuando los jueces internacionales se declararon competentes. Durante las audiencias, en 2018, Claudio Grossman, el representante chileno, dijo que su país "ha conversado y seguirá conversando con Bolivia, pero el territorio chileno y su soberanía no están sujetos a conversación". Roberto Ampuero, ministro de Exteriores chileno, añadió entonces que Bolivia "busca victimizarse y presenta argumentos distorsionados". La Paz, según indicó, "ejerce como ningún otro país el acceso a los puertos chilenos del Pacífico". (Francisco Reyes) [El País]

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Perú es responsable por desaparición forzada de cinco personas: Corte IDH.

30 octubre 2018.- En la sentencia recaída en el caso *Terrones Silva y otros Vs. Perú*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró al Estado del Perú responsable por la desaparición forzada de Wilfredo Terrones Silva, Teresa Díaz Aparicio, Néstor Rojas Medina y Cory Clodolia Tenicela Tello, así como por la desaparición forzada y tortura sufrida por Santiago Antezana Cueto.

La Corte identificó que dichas desapariciones forzadas, ocurridas entre 1984 y 1992, se enmarcaron en el contexto que existía en el Perú, en el cual se hacía uso de una práctica sistemática de desapariciones forzadas como una forma de lucha contra el terrorismo. Esta se desarrollaba, entre otros, en contra de miembros del Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso e iba dirigida sin distinción a sus miembros, colaboradores o simpatizantes. (Francisco Reyes) [Corte IDH]

Corte IDH condena a Guatemala por violaciones a derechos humanos de personas con VIH.

25 octubre 2018.- El Estado de Guatemala es responsable por violar los derechos a la salud, a la vida, a la integridad personal, a las garantías judiciales y la protección judicial de varias personas que viven o vivieron con el VIH, acorde a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia recaída en el Caso *Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*.

El tribunal determinó que el Estado cometió actos de discriminación por razón de género en contra de dos mujeres embarazadas. También estableció por primera vez la responsabilidad de un Estado por la violación al principio de progresividad, dado que Guatemala incumplió con su obligación de desarrollo progresivo del derecho a la salud. (Francisco Reyes) [Corte IDH]

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

TEDH niega el derecho al olvido a dos alemanes condenados por asesinato.

28 septiembre 2018.- Dos ciudadanos alemanes reclamaron ser olvidados para respetar su intimidad, tras haber cumplido la pena que les impuso la justicia y al considerar que las noticias del periódico Der Spiegel y el medio local Mannheimer Morgen sobre el crimen no deben seguir asociadas a sus nombres.

Mientras que, en el ámbito local, el Tribunal Federal alemán rechazó su reclamación, limitando el derecho al olvido a Google y el resto de los buscadores, pero mantuvo la información en los buscadores internos de las hemerotecas de los respectivos medios. Los demandantes recurrieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), donde les fue negada su solicitud: "las hemerotecas digitales de los medios de comunicación deben quedar fuera del derecho al olvido."

El TEDH concluyó que "el papel de los medios de comunicación en la comunicación de dicha información e ideas se complementa con el derecho del público a recibirlo. Si no fuera así, la prensa no podría desempeñar su papel indispensable como vigilante". (Jesús Martínez) [Global Voices]

Espías británicos violaron derechos humanos, resuelve TEDH.

13 septiembre 2018.- Las agencias de espionaje británicas violaron los derechos humanos al llevar a cabo una vigilancia masiva sin la supervisión o las salvaguardias adecuadas, según dictaminó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Según el tribunal, los espías pudieron averiguar demasiado sobre los hábitos y contactos de la gente, examinando sus actividades en línea. También dijo que la vigilancia tuvo un efecto ilegal en la prensa libre, al monitorear las comunicaciones de los periodistas.

El tribunal concluyó que el esquema de vigilancia masiva británico no era intrínsecamente ilegal, pero que su diseño rompía dos elementos cruciales de la Convención Europea de Derechos Humanos: el Artículo 8, que garantiza la privacidad; y el Artículo 10, que garantiza la libertad de expresión. Los espías infringieron los derechos de privacidad de las personas porque no había suficiente supervisión o salvaguardias sobre cómo se seleccionaban los datos para la vigilancia. Infringieron los derechos de libre expresión porque el sistema no incluía salvaguardias adecuadas para proteger el material periodístico confidencial, limitando de manera efectiva lo que la prensa puede hacer sin que las autoridades se enteren. (Francisco Reyes) [Forbes]

TEDH condena a Rusia en casos Politkóvskaya y Pussy Riot.

18 julio 2018.- En el primer caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) condenó al Estado ruso a una indemnización por 20.000 euros a los familiares de Politkóvskaya por daños morales: se concluyó que, si bien varias personas implicadas directamente en la realización del atentado recibieron penas de cárcel, no se hizo lo suficiente para esclarecer quién dio la orden de perpetrarlo y por qué motivos.

Por otro lado, en relación con las integrantes de Pussy Riot, que el 21 de febrero de 2012 se establecieron en el altar de la Catedral de Cristo Salvador de Moscú e interpretaron una plegaria a la Virgen María que librase al país del presidente Vladímir Putin; el Tribunal resolvió que fueron objeto de un trato "humillante" y "excesivamente severo". (Jesús Martínez) [ABC]

CORTE AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS

AFCHPR anuncia tres sentencias.

18 septiembre 2018.- En su sede Arusha, Tanzania, el día el viernes 21 de septiembre de 2018 la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (AFCHPR) dictó tres sentencias, sobre los siguientes juicios:

a) *Minari Evarista vs. República de Tanzania*: La Corte encuentra que la supuesta violación del derecho del Solicitante a ser escuchado en virtud del Artículo 7 (1) no se ha establecido; que la supuesta violación del derecho del Solicitante a igual protección de la ley, prevista en el Artículo 3 (2) de la Carta, no se ha establecido; Por otro lado, declara que el Estado demandado ha violado el derecho de defensa del Solicitante en virtud del Artículo 7 (1Xc) de la Carta por no proporcionarle asistencia legal gratuita; sin embargo, se desestima la oración del Solicitante para que el Tribunal anule su condena y sentencia y ordene su liberación, aunque otorga al Solicitante una suma de trescientos mil chelines de Tanzania (Tzs 300,000) como compensación justa.

b) *Diocles William vs. La República Unida de Tanzania*: La Corte encuentra que la supuesta violación del derecho del Solicitante a igual protección antes de no se ha establecido la ley prevista en el Artículo 3 de la Carta, cuyo contenido es similar al Artículo 13 (2) y (5) de la Constitución de Tanzania; encuentra que el Estado demandado ha violado el artículo 7 (1Xc) de la Carta al no proporcionarle al solicitante una ayuda legal; encuentra que el Estado demandado ha violado el Artículo 7 (1) (c) de la Carta al no escuchar a los testigos de la defensa del Solicitante; encuentra que el Estado de-

mandado ha violado el Artículo 7 de la Carta al condenar al Solicitante sobre la base de pruebas insuficientes y declaraciones contradictorias de los testigos de la acusación; Sin embargo, desestima la petición del solicitante para que el tribunal ordene directamente su liberación de la prisión: ordenando al Estado demandado que reabra el caso dentro de los seis (6) meses de conformidad con las garantías de un juicio justo de conformidad con la Carta.

c) *Anaclet Paulo vs. República Unida de Tanzania*: La Corte declara que el Estado demandado no violó el derecho a la libertad del Solicitante según lo dispuesto en el Artículo 6 de la Carta; declara que el Estado no violó los artículos 2 y 3 ('1) y (2) de la Carta sobre no discriminación, igualdad ante la ley e igual protección de la ley; declara que el Estado demandado violó el derecho de defensa del Solicitante en virtud del Artículo 7 (1) (c) de la Carta por no proporcionarle una ley gratuita y otorga al solicitante una cantidad de Trescientos mil chelines de Tanzania (Tzs 300,000) como compensación justa. (Jesús Martínez) [Open Global Rights]

Unión Europea

TJUE ordena suspender ley polaca contra la judicatura.

19 octubre 2018.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se puso el viernes del lado de los críticos que han acusado a Polonia de socavar la independencia judicial, ordenando a los líderes del país que suspendieran una ley que despeja el camino para una amplia purga de la Corte Suprema de la Nación y exigió el restablecimiento de más de dos docenas de jueces.

La reprimenda de dicho tribunal fue la última salva en una escalada de confrontación por la campaña del partido gobernante de Polonia para tomar el control del poder judicial del país, una de las muchas batallas en curso entre Varsovia y Bruselas. El gobierno de Polonia ha situado la remodelación de los tribunales en el centro de su agenda y ha prometido desafiar cualquier esfuerzo de la corte europea para interferir.

La Comisión Europea intervino después de que el Parlamento polaco aprobara en abril una ley que rebajó la edad de jubilación obligatoria de los jueces del Tribunal Supremo, un cambio que obligó a 27 de los 72 jueces del Tribunal Supremo, incluido el presidente del tribunal, Malgorzata Gersdorf. A pesar de la condena de la comisión y las protestas que llevaron a decenas de miles de personas a las calles, el gobernante Partido Ley y Justicia siguió adelante con la purga. (Francisco Reyes) [BBC]

Países de la UE deben reconocer derechos de cónyuges homosexuales: TJUE.

5 junio 2018.- Los países de la UE que no han legalizado el matrimonio homosexual deben respetar los derechos de residencia de los cónyuges del mismo sexo que desean vivir juntos en su territorio, ha dictaminado el Tribunal Europeo de Justicia (TJUE), en una medida que ha sido aclamada como una victoria para la dignidad humana. El TJUE dijo además que los Estados miembros deben reconocer los derechos de todas las parejas casadas a la libre circulación, independientemente de su género u orientación sexual.

La sentencia responde a un caso en el que las autoridades rumanas fueron acusadas de discriminar a Adrian Coman, que quería poder vivir en su país de origen con su marido estadounidense, Claibourn Robert Hamilton, con quien había estado viviendo durante cuatro años en los Estados Unidos antes de casarse en Bruselas en 2010.

Las autoridades rumanas se negaron a conceder a Hamilton un permiso de residencia debido a que no podía ser clasificado en Rumanía como cónyuge de un ciudadano de la UE. Los hombres habían apelado ante el Tribunal Constitucional de Rumania, que remitió el caso a Luxemburgo. (Francisco Reyes) [The Guardian]

Argentina

Despido por activismo sindical es ilegal: Corte Suprema.

4 septiembre 2018.- La Corte Suprema ha revocado una sentencia promulgada por la Corte de Justicia de Catamarca en la que se señala que la empresa a la que se demandaba debía comprobar que el despido no fue a causa de la actividad sindical de un trabajador, pues solicitó la convocatoria para delegados gremiales.

En los hechos, la empresa suspendió al trabajador por supuestas impuntualidades, para luego despedirlo, con fundamento en que las acciones eran agraviantes.

La Corte Suprema de la Nación ha dictado sentencia ordenando a la empresa que demuestre que el despido no fue a causa de la actividad gremial del empleado. A contrariu sensu, según el tribunal constitucional, estarían violentado sus derechos de asociación, reunión, libertad sindical y de expresión. (Felipe Rodriguez) [Centro de Información Judicial]

Belice

Belice se une a Centroamérica por el cambio climático.

3 agosto 2018.- Belice ha firmado un acuerdo a fin de unir esfuerzos en la lucha contra el cambio climático y colaborar en un proyecto de adaptación a fin de aumentar la resiliencia de las poblaciones vulnerables de las zonas secas y áridas, pues son de los lugares más afectados a nivel global.

Dicho acuerdo y colaboración será apoyado por Onu Medio Ambiente y el Banco Centroamericano de Integración Económica, con la finalidad de financiar esta iniciativa. El plan establece desarrollar una propuesta de adaptación al cambio climático en los ecosistemas de la región y con un enfoque de uso de agua sustentable. El mencionado proyecto será presentado al Fondo Verde del Clima, el mecanismo de financiación de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático. (Miguel Morales) [Naciones Unidas]

Brasil

Congreso aprueba ley de protección de datos personales.

3 octubre 2018.- Después de dos años de negociación con el Congreso Nacional, el 14 de agosto el presidente Michel Temer aprobó finalmente la ley de protección de datos personales de Brasil.

Después de que el mal uso de datos captados en Facebook se volvió una preocupación a nivel mundial con el escándalo de Cambridge Analytica a comienzos de 2018, el Congreso aceleró el proceso en la ley número 53/2018.

La ley tiene la intención de dar a las personas mayor poder controlar sus datos, pues exige que las personas jurídicas obtengan el consentimiento de una persona antes de recopilar su información. En ella se definen las situaciones en que los datos de clientes pueden ser recolectados y procesados tanto por empresas cuanto por el poder público. La ley prevé que si la privacidad del consumidor no fuese respetada, la multa puede llegar a 50 millones de reales (13 millones de dólares). (Jesús Martínez) [Global Voices]

Chile

Sentencia pone límites a la prohibición del aborto.

21 agosto 2017. El Tribunal Constitucional de Chile protegió los derechos fundamentales de las mujeres al declarar la constitucionalidad de una nueva ley que terminó con la criminalización absoluta del aborto en el país.

El Tribunal Constitucional negó dos requerimientos presentados por legisladores, quienes estuvieron en contra de la ley aprobada por el Congreso el 2 de agosto de 2017. Dicha ley despenaliza el aborto en 3 ocasiones: si la vida de la mujer o la niña se encuentra en peligro, en caso de violación, y si el feto sufre de una enfermedad grave que le impida con la vida.

Aunque se estima que esta nueva ley tiene un gran impacto a la sociedad chilena, sin embargo, sigue existiendo una ley con limitaciones y en dicha sentencia se sigue restringiendo el acceso al aborto.

"Esperamos que esta sentencia incentive a los países de la región que aún imponen una prohibición absoluta del aborto a reexaminar su legislación, siguiendo el avance clave que ha ocurrido en Chile", expresó José Miguel Vivanco, director para las Américas de Human Rights Watch. (Sergio Udave) [Human Rights Watch]

Colombia

"Hijos de crianza" tienen los mismos derechos Corte Suprema.

18 mayo 2018.- La Corte Suprema de Justicia ha concluido, al tutelar los derechos al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia de una mujer que demanda ante la jurisdicción de familia, que sean reconocidos como sus padres de crianza a quienes asumieron el rol de ser sus "verdaderos padres" desde que tenía tres años de edad.

En el procedimiento se argumentó que la menor compartió lazos de afecto, solidaridad, protección y todo lo que un hijo requiere con la mujer, "siendo una verdadera hija, retribuyendo el amor brindado, y ahora cuidándolos en su vejez".

De igual forma, la corte indicó que "al no haber una única clase de familia, ni tampoco una forma exclusiva para constituirla, ésta no solo está compuesta por los padres, hijos, hermanos, abuelos y parientes cercanos, sino también por los hijos de crianza con quienes, a pesar de no existir lazos de consanguinidad, sí se han generado relaciones de afecto y apoyo". La corte, por tanto, consideró que los hijos de crianza tienen los mismos derechos patrimoniales que los hijos naturales. (Santiago Sánchez) [Corte Suprema de Colombia]

Eutanasia, sí; por depresión, no: Corte Suprema.

6 febrero 2018.- La Corte Suprema de Colombia ha denegado a un peticionario de 91 años que se le practique la eutanasia por depresión. La corte, al analizar la petición de Reinaldo Anacona Gómez,detectó que su principal problema era la depresión por soledad y abandono en la que se encuentra por parte de sus familiares. El abandono de los adultos mayores, consideró la corte, es un problema social, y no un problema médico que deba ser atendido con medidas como la eutanasia.

Reinaldo Anacona presentó una solicitud ante el juzgado Tercero Penal de Popayán en donde afirmaba que se le estaba afectando su derecho a morir dignamente pues, su avanzada edad, su soledad y el tener hipertensión arterial eran suficientes factores para que él, de manera consiente y voluntaria, tomará la decisión de que se le practicara la eutanasia.

El tribunal supremo determinó que la eutanasia debe aplicarse a aquellas personas que, teniendo una enfermedad terminal, esta le provoque dolores insoportables contrarios a su idea de dignidad. (Santiago Sánchez) [El Tiempo]

Empleadores deben garantizar desarrollo de identidad de género: Corte Constitucional.

25 enero 2018.- La Corte Constitucional de Colombia ha establecido cuáles son las obligaciones de los empleadores sobre garantizar la identidad de género de sus trabajadores a partir de un caso concreto en el que una trabajadora que se sentía identificada con el género masculino debía utilizar la vestimenta designada al género femenino, lo cual lo hacía sentir incómodo.

En reiteradas ocasiones solicitó usar una vestimenta neutra y que, posteriormente de terminar su tratamiento de reasignación sexual, pudiese usar la vestimenta para el género masculino. Sus solicitudes fueron rechazadas.

La Corte Suprema consideró que un mero formalismo no debe coartar el derecho de los trabajadores a su libre desarrollo de la identidad de género. Además, ordenó ajustar los manuales internos de centro de trabajo para evitar limitaciones al goce de derechos de sus trabajadores. (Santiago Sánchez) [Naciones Unidas]

Ecuador

Ecuador ratifica derechos humanos de la Onu.

28 septiembre 2018.- Ecuador se convirtió en el quinto país en ratificar las 18 convenciones básicas para la protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas, luego de depositar ante la Secretaría General del organismo el Protocolo Facultativo Tercero a la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Este instrumento internacional entrará en vigor el 19 de diciembre de 2018 y una vez que sea publicado en el Registro Oficial ecuatoriano. En virtud de dicha ratificación, el ente especializado de la Onu podrá pronunciarse sobre posibles violaciones a los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el país sudamericano. (Édgar Sánchez) [Prensa Latina]

Niña podrá llevar los apellidos de sus dos madres.

29 mayo 2018.- La Corte Constitucional de Ecuador autorizó a una niña llevar los apellidos de sus dos madres inglesas, después de seis años de una batalla legal que llegó a ese tribunal supremo.

Cuando la menor nació no pudo ser inscrita en el Registro Civil porque sólo se permitía, de forma legal, que hubiese un lugar para el nombre del padre y de la madre. Las extranjeras Nicola Susan Rothon y Helen Louise Bicknel, madres de la menor, demandaron violaciones a derechos humanos de la misma, tales como el derecho al nombre y a la no discriminación. (Édgar Sánchez) [Nación]

El Salvador

Presentan anteproyecto de Ley de Identidad de Género.

22 marzo 2018.- La asamblea legislativa nacional recibió un anteproyecto que busca proteger los derechos de las personas que forman parte de la comunidad LGBTTTIQ+, especialmente a las personas trans, ya que, según esta, se encuentran en un estado de vulnerabilidad, consecuencia de un contexto de discriminación sistemática que impide el libre desarrollo de estas personas en el país.

El contenido de este proyecto aborda conceptos como identidad de género y sexo biológico, y a través de estos conceptos se busca la inclusión de las personas de la comunidad LGBTTTIQ+ en todos los ámbitos que una sociedad contempla

Para elaborar el proyecto de Ley se tomaron como referentes las legislaciones de países como México, Argentina, Uruguay, e instrumentos internacionales como los principios de Yogyakarta. (Wendy Mata) [Asamblea Nacional de El Salvador]

Estados Unidos

Restricción de viajes de Trump es constitucional: Suprema Corte.

26 junio 2018.- El Tribunal Supremo falló a favor de la orden de septiembre del presidente Donald Trump de restringir los viajes de varios países mayoritariamente musulmanes a Estados Unidos.

En la opinión de 5-4 escrita por el presidente de la Corte Suprema John Roberts, la corte encontró que la restricción de viajes de Trump cayó "directamente" dentro de la autoridad del presidente. El tribunal rechazó las alegaciones de que la prohibición estaba motivada por la hostilidad religiosa. "La [orden] se basa expresamente en propósitos legítimos: impedir la entrada de nacionales que no pueden ser investigados adecuadamente e inducir a otras naciones a mejorar sus prácticas", escribió Roberts. "El texto no dice nada sobre la religión."

El caso, Trump v. Hawaii, ha sido central en la política de viajes de la administración, presentando una prueba clave de la promesa de campaña del presidente de restringir la inmigración y asegurar las fronteras de Estados Unidos. La restricción de viajes, la tercera de la administración, afecta a personas de Irán, Libia, Corea del Norte, Somalia, Siria, Venezuela y Yemen. (Francisco Reyes) [New York Times]

Corte Suprema revierte legislación sobre clínicas de abortos.

26 junio 2018.- La Corte Suprema dictaminó 5-4 a favor de revertir una ley en California que requería que los centros de embarazo en crisis contra el aborto proporcionaran información sobre los abortos. El caso "[contradice] el derecho a saber contra el derecho a la libertad de expresión", según algunos. El Juez Clarence Thomas escribió la mayoría de la mayoría, señalando que la ley de California "apunta a los hablantes, no a la libertad de expresión, e impone un requisito de divulgación excesivamente oneroso que afecta su discurso protegido".

Además, la ley exigía que las clínicas sin licencia pusieran letreros o informaran a las clientas que no eran centros médicos con licencia, y que proporcionaran información sobre el acceso gratuito o a bajo costo a la atención prenatal y reproductiva, como los abortos, en caso de que no se ofrecieran esos servicios en la clínica en cuestión.

La disidencia fue ideológica, con el Juez Stephen Breyer argumentando a favor de la mitad liberal de la corte que la ley de California debería ser confirmada ya que la corte había fallado previamente a favor de las leyes estatales que requieren que los médicos informen a las mujeres que buscan abortos acerca de la opción de la adopción. (Francisco Reyes) [New York Times]

Guatemala

Guatemala firma acuerdo ambiental.

27 octubre 2018.- Guatemala, junto con otros 13 países de América Latina y el Caribe, firmó en la sede de la Onu en Nueva York el Acuerdo de Escazú, el primer acuerdo medioambiental vinculante a nivel regional jamás creado. Dicho pacto, que incluye en su redacción aspectos de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia medioambiental, es el primero que surge tras la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible.

Tras la firma, Guatemala deberá iniciar los trámites correspondientes para su ratificación. La entrada en vigor del Acuerdo requerirá la ratificación, aceptación o aprobación del acuerdo de once Estados Parte. La secretaria ejecutiva de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Alicia Bárcena, indicó que la fecha de firma del pacto es un día histórico, ya que supone la culminación de seis años de duro trabajo. (Miguel Morales) [Cepal]

Honduras

Ley atenta contra la libertad de expresión: Human Rights Watch.

9 abril 2018.- El Congreso Hondureño ha aprobado de inicio un proyecto de Ley Nacional de Ciberseguridad y Medidas de Protección ante los Actos de Odio y Discriminación en Internet y Redes Sociales.

La ley tiene como objetivo darle la facultad al Estado de intervenir en la determinación de contenidos en plataformas de información de internet, pudiendo censurar, bloquear, suspender o sancionar a las plataformas en caso de que éstas incluyan "contenidos ilegales, incitaciones a discriminar o la incitación a la expresión de odio", dejando sin posibilidad a los ciudadanos seguidores acceder a la información establecida en las páginas web.

El director de Human Rights Watch, Miguel Vivanco, calificó a este proyecto de ley como una herramienta que le permite al gobierno interponer restricciones a la libertad de expresión, considerándolas como acciones ilegítimas que atentan contra las reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (Daniel Olvera) [Human Rights Watch]

México

Suprema Corte resuelve caso de adecuación de identidad de género.

17 octubre 2018.- La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que el artículo 759 del Código Civil para el Estado de Veracruz implica una discriminación indirecta y que vulnera el artículo 1 de la Constitución Federal, porque no permite que la adecuación de la identidad de género se realice vía administrativa. Consecuentemente, resolvió que dicho artículo debe ser aplicado a fin de permitirle a los interesados acudir a un procedimiento administrativo ante el encargado del Registro Civil que corresponda.

La corte se precisó que el cambio de nombre y en general la adecuación de los registros públicos y de los documentos de identidad para que éstos sean conformes a la identidad de género auto-percibida constituye un derecho protegido tanto por la Convención Americana de Derechos Humanos como por la Constitución, pues la adecuación de la identidad de género permite garantizar el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la identidad, el derecho a la privacidad, el reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho al nombre; por lo que los Estados tienen la obligación de reconocer, regular y establecer los procedimientos adecuados para tal fin.
(Francisco Reyes) [SCJN]

Suprema Corte define derechos en disolución de concubinato.

3 octubre 2018.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció sobre la procedencia de la compensación en caso de disolución de concubinato, pese a que únicamente se encontraba prevista para casos de divorcio y no así en concubinato, y la validez del límite de un año para que opere la prescripción de la acción para reclamar alimentos.

Respecto al primer tema, el tribunal determinó que fue indebido que la resolución revisada omitiera pronunciarse sobre el reclamo en torno a la compensación, y sostuvo que debía aplicarse extensivamente la regulación que el artículo 277 del Código Familiar de Michoacán ya abrogado hacía de dicha figura, para aplicarse también en la disolución de un concubinato.

En cuanto al segundo tema, la Sala recordó su doctrina en torno a que todas las formas de familia son tuteladas por el artículo 4° constitucional, lo que debe traducirse en un tratamiento igual para las personas que disuelven un vínculo matrimonial o y las que dan por terminado uno de concubinato, pues en ambos casos se habría dado lugar al surgimiento de una forma de familia. Así, calificó como discriminatorio que a los ex cónyuges se les permita ejercer la acción para reclamar una pensión alimenticia en cualquier momento, con fundamento en el artículo 273 del Código Familiar abrogado, mientras que a los ex concubinos se les restringe ese derecho para ejercerlo dentro del año siguiente a la disolución del concubinato. (Francisco Reyes) [SCJN]

Nicaragua

Gobierno permite centro de tortura: Onu

11 septiembre 2018.- El presidente de Nicaragua, Daniel Ortega, nombró a Alberto Pérez, general de la fuerza policial, como encargado del centro de detención "El Chipote", considerado como uno de los principales lugares donde se cometen abusos por parte de las autoridades, según un informe realizado por la Oficialía del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.

El informe reitera las acciones cometidas por agentes del Estado desde abril del presente año, insiste en las violaciones a los derechos de libertad de expresión y seguridad personal, además de la violación a las garantías del proceso legal y la implementación de tortura y malos tratos por parte de autoridades representantes del Estado.

En su informe, el Alto Comisionado realizó una serie de recomendaciones al Estado nicaragüense, entre las que destacan el cese el acoso y represalias contra los ciudadanos que se encuentran en las protestas, se aseguren investigaciones imparciales por parte del Estado, evitar arrestos ilegales y liberar a las personas detenidas de manera arbitraria. (Daniel Olvera) [Human Rights Watch]

Paraguay

Paraguay acaba con la malaria.

11 junio 2018.- La Organización Mundial de la Salud (Oms) corroboró que Paraguay logró erradicar la malaria, luego de implementar políticas públicas y programas para controlar la enfermedad. Esta se transmitía por la picadura de mosquito.

En los años cuarenta se presentaron 80,000 casos. La OMS asegura esta labor es fruto del servicio de salud de Paraguay por la atención brindada de manera gratuita y reconoce al servicio médico por asegurar el derecho a la salud de los paraguayos. (Felipe Rodriguez) [Naciones Unidas]

Panamá

CIDH pide no deportar a venezolana con Vih.

24 octubre 2018.- La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Cidh) otorgó 15 medidas cautelares a una mujer venezolana con Vih que se encuentra en Panamá, con el fin de no ocasionarle violaciones irreparables en sus derechos humanos.

La mujer afirma que, en caso de regresar a Venezuela no podrá acceder al tratamiento adecuado debido a la escasez de medicamentos para su enfermedad.

La Cidh consideró que la mujer se encuentra en una situación de riesgo y, por eso, solicitó a Panamá que "se abstenga de deportar o expulsar" a la mujer hasta que las autoridades hayan valorado, conforme a los estándares internacionales, el riesgo para su salud. (Édgar Sánchez) [Oas]

Perú

Justicia permite a venezolanos ingresar a Perú sin pasaporte.

5 octubre 2018.- El Quinto Juzgado Penal de Lima dejó sin efectos la medida interpuesta por el Gobierno peruano de exigir pasaporte a los ciudadanos venezolanos que entraran al país; en virtud de la demanda de Habeas Corpus que interpuso la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.

La parte demandante se basó en los aspectos sociales, políticos y económicos que vive el pueblo de Venezuela, que conllevan a una crisis de derechos humanos, motivando a los ciudadanos a emigrar a otros países. Señaló, además, que la medida interpuesta por el Ministro del Interior violenta derechos humanos, tales como derecho a la libertad de tránsito, derecho a solicitar refugio, derecho a la igualdad y a no ser discriminado y derechos de los niños, niñas y adolescentes.

El Juzgado, además exigió que "las autoridades demandadas en un plazo máximo de treinta días debían elaborar un Plan Nacional Estratégico que regule la movilidad migratoria de ciudadanos venezolanos, garantizándose la vigencia efectiva de sus derechos fundamentales". (Édgar Sánchez) [El Comercio]

Tribunal Constitucional se manifiesta sobre reelección.

4 octubre 2018.- El Tribunal Constitucional de Perú declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la Ley 30305, que modifica el artículo 194 de la Constitución y establece la no reelección inmediata de alcaldes.

Amparado en cinco normas internacionales, entre ellas el Pacto de San José, el Tribunal Constitucional de Perú estableció que la reelección no es un derecho humano.

Por el contrario, esa entidad dictaminó que "el derecho de ser elegido no es absoluto y admite límites", además de no contravenir con parámetros constitucionales, tanto a nivel de competencias, procedimientos o contenidos. (Édgar Sánchez) [Gestión Perú]

República Dominicana

Senado aprueba nueva ley de partidos y agrupaciones políticas.

15 agosto 2018.- República Dominicana aprobó su primera ley que tiene como objetivo proteger el derecho de toda persona para asociarse, organizar partidos o movimientos políticos.

La nueva legislación señala que respetar y garantizar el derecho de asociación mediante partidos políticos es fundamental para un sistema democrático, y es imprescindible la participación de las y los ciudadanos en la vida política del país, en especial la incidencia de una participación cualitativa y cuantitativa de la mujer en la sociedad y en el ámbito político, y se contemplan cuotas de género en la nueva ley de partidos políticos.

El anteproyecto de ley de partidos y agrupaciones políticas estuvo durante años en discusión en las cámaras de diputados y senadores debido a cierta reticencia respecto al tema. Finalmente, las distintas fuerzas políticas concluyeron que esta ley era necesaria para el sistema electoral de la República Dominicana. (Wendy Mata) [Poder Judicial de República Dominicana]

Uruguay

Parlamento aprueba ley que protege a personas *trans*.

7 noviembre 2018.- El parlamento de Uruguay aprobó la "Ley Integral para Personas Trans", la primera legislación en el país que salvaguarda los derechos de las personas travestis, transexuales y transgéneros. Dicha legislación plantea como objetivo que este grupo minoritario tenga una vida libre de discriminación y estigmatización, y contempla la inclusión laboral, educativa, social y cultural.

El proyecto de ley fue presentado ante el Parlamento Nacional en mayo del 2017. éste es producto de una investigación realizada por el Consejo Nacional de Diversidad Sexual que tomó como referente el Primer Censo Nacional de Personas Trans realizado en 2016 por el Ministerio de Desarrollo Social. Dicho censo se aplicó a 937 personas trans que viven en el país. (Wendy Mata) [Parlamento de Uruguay]

Venezuela

Resolución histórica del Consejo de Derechos Humanos de la Onu: Human Rights Watch.

27 septiembre 2018.- La adopción por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de una resolución sobre Venezuela el 27 de septiembre de 2018 evidencia la preocupación creciente de gobiernos a nivel global por la crisis humanitaria y de derechos humanos en el país, señaló Human Rights Watch.

Dicha resolución hace referencia a las violaciones que se realizan en el país. Así mismo, afirma que Venezuela tendrá que abrir sus puertas a los problemas humanitarios para combatir la falta de alimentos y asistencia médica, hacer frente a la malnutrición y a las enfermedades que se presentan. También, solicita a la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de la Onu que rinda un informe exhaustivo sobre lo que está sucediendo en el país venezolano. (Sergio Udave) [Human Rights Watch]

Alemania

Gobierno aprueba el tercer género.

15 agosto 2018.- Siguiendo el mandato del Tribunal Constitucional, el Gobierno alemán aprobó en Consejo de Ministros la introducción de un tercer género en el registro civil, pensado para personas cuyo sexo no está definido en el momento en el que nacen. De esta manera, junto a las casillas tradicionales de "masculino y "femenino", se incorpora la opción "diverso".

En noviembre del año pasado, el Tribunal Constitucional Federal resolvió que, al finalizar 2018, las personas deberían poder elegir una identidad de género legal que no fuera masculina o femenina. El alto tribunal germano concluyó que niñas y niños intersex y personas que no se identifican con ningún género serían discriminados, pues la ley los obliga a registrarse con alguno de ellos. (Miguel Morales) [Deutsche Welle]

Bélgica

Tribunal condena a hombre por violación cibernética.

25 septiembre 2018.- Un tribunal belga ha condenado por violación a un hombre que no tuvo contacto físico con sus víctimas, sino solamente las contactó a través de redes sociales tales como Facebook.

El tribunal ha condenado al joven como culpable de los delitos de atentados al pudor con violencia y amenazas, difusión de imágenes pedopornográficas, acoso y violación. Ha sido condenado a cinco años de prisión, pero quedará finalmente en libertad condicional.

El condenado contactaba a chicas menores de edad, de entre 14 y 16 años, en la plataforma Facebook, con perfiles falsos para conseguir favores sexuales. Convenciéndolas para que le enviaran imágenes mientras se masturbaban, el tribunal calificó tal acción como violación, aunque no hubiese contacto físico entre los dos, argumentando que no había consentimiento y él manipuló a las jóvenes a través de un verdadero chantaje. (Miguel Morales) [Nexos]

Bielorrusia

Anuncian programa de recuperación para niños extranjeros.

18 octubre 2018.- Igor Karpenko, ministro de Educación Bielorrusia comunicó planes de asociación con el Ministerio de Relaciones Exteriores para desarrollar un programa de recuperación para niños extranjeros en Bielorrusia para 2019.

En 2018, Bielorrusia recibió a unos 500 niños sirios de familias afectadas por el conflicto armado, hijos de militares caídos, jóvenes dotados, atletas jóvenes; así como 300 niños chinos y también japoneses. "Al hospedar a estos niños y ayudar a recuperar su salud, demostramos que somos una nación pacífica. Perseguimos una política exterior de múltiples vectores y abogamos por la resolución de todos los problemas internacionales exclusivamente a través del diálogo político", dijo el ministro. (Jesús Martínez) [Belarus By]

Dinamarca

Tribunal confirma cadena perpetua para asesino de periodista.

26 septiembre 2018.- El Alto Tribunal de Copenhague confirmó en apelación la condena a cadena perpetua para el inventor danés Peter Madsen por el asesinato de una periodista sueca a bordo de su submarino en 2017.

Peter Madsen, de 47 años, apeló la duración de su pena de cárcel tras la condena en primera instancia en abril por el asesinato, precedido de abusos sexuales, de la joven periodista sueca Kim Wall en su submarino privado en agosto de 2017 cerca de Copenhague. Madsen no contestó en cambio el veredicto de culpabilidad

El imputado confesó haber puesto la cabeza, los brazos y las piernas de la víctima en bolsas de plástico, haberlas llenado con tubos de metal y lanzado luego al mar, aunque siempre dijo que la muerte fue accidental. Es probable que Wall fuera decapitada, algo que el inventor planeó mucho tiempo antes, aunque los expertos no consiguieron establecer con claridad la causa de la muerte, porque Madsen descuartizó el cadáver y lo tiró al mar. (Víctor Vera) [El Comercio]

Aprueban ley que prohíbe el *burka* y el *nikab*.

31 mayo 2018.- Dinamarca se ha unido a varios países europeos para prohibir las prendas que cubren el rostro, incluidos los velos islámicos como el *nikab* y el *burka*, en una medida que los activistas de derechos humanos condenaron como "ni necesaria ni proporcionada". La ley, conocida popularmente como la "prohibición del burka", se considera principalmente dirigida contra el vestido que llevan algunas mujeres musulmanas.

El ministro de justicia, Søren Pape Poulsen, dijo que dependería de los agentes de policía usar su sentido común cuando vean a personas violando la ley, que entró en vigor el 1 de agosto. La legislación permite que las personas se cubran la cara cuando exista un "propósito reconocible", como el clima frío o el cumplimiento de otros requisitos legales, por ejemplo, el uso de cascos de motocicleta según las normas de tránsito danesas.

La infracción a la ley conlleva multas de 1,000 coronas (£ 118). Los infractores reincidentes podrían ser multados con hasta 10,000 coronas. Gauri van Gulik, director de Amnistía Internacional para Europa, declaró: "Todas las mujeres deben ser libres de vestirse como les plazca y usar ropa que exprese su identidad o sus creencias. Esta prohibición tendrá un impacto particularmente negativo en las mujeres musulmanas que optan por usar el nikab o burka." (Víctor Vera) [The Guardian]

España

Acoso de alumnos a maestra es accidente laboral, declara tribunal.

2 agosto 2018.- Una maestra solicitó ante el Instituto nacional de la Seguridad Social (INSS) que se le reconociese una incapacidad temporal por ansiedad, enfermedad que le provocó su último año laboral el acosó que sufrió por parte de sus alumnos.

La maestra fue víctima de insultos, gritos, burlas e incluso amenazas (un alumno fue condenado por el delito de amenazas leves) durante 1 año.

El INSS negó que su enfermedad pueda considerarse como accidente laboral, pero el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León sí lo ha reconocido como tal, dictando así la sentencia en primera instancia que considera demostrado la relación causal entre su trabajo como maestra y las distintas circunstancias en el mismo que causaron su baja médica de la institución. (Santiago Sánchez) [El País]

Tribunal Supremo condena a España por incumplir trámites de asilo a refugiados.

11 julio 2018.- El Estado español ha sido condenado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo toda vez que incumplió con obligaciones de carácter administrativo que le fueron señaladas por la UE para que diese tramite a solicitudes de asilo de refugiados provenientes de Italia y Grecia. La cantidad de solicitudes que debía cubrir España era de 19.449 personas durante dos años, pero solo cumplió en un 12,85%.

Cabe destacar que es la primera vez que un tribunal nacional europeo condena a un estado de la UE por este asunto.

El alto tribunal considera "que las decisiones comunitarias incumplidas sobre medidas provisionales para acoger los solicitantes de asilo procedentes de Italia y Grecia, eran de carácter vinculante y obligatorio", por lo que el incumplimiento de estas implica "la condena del Estado español continuar la tramitación" en los términos previstos por el Consejo Europeo. (Santiago Sánchez) [El Diario]

Francia

Parlamento aprueba estricta reforma migratoria.

2 agosto 2018.- El parlamento de Francia promulgó el 1 de agosto del 2018 un polémico proyecto de ley de inmigración y asilo, a pesar tanto de los esfuerzos de la oposición de izquierda por limitar su llegada, así como de la extrema derecha, para quienes la medida no es lo suficientemente "fuerte".

El proyecto de ley está diseñado para acelerar los procedimientos de asilo mediante la reducción del tiempo máximo de procesamiento a 90 días después de ingresar a Francia, cuando antes el máximo era 120 días. Además de reducir el tiempo necesario para superar los obstáculos administrativos, el texto reduce a seis meses (antes once), el tiempo límite para presentar una solicitud de asilo al tiempo que facilita la expulsión de los rechazados y la aceptación de aquellos cuya solicitud es exitosa. El tiempo de detención máxima se duplicará de 45 a 90 días.

El senado había rechazado el proyecto de ley el 31 de julio, pero la cámara baja aprobó dicho proyecto ya que el partido La Republique En Marche del presidente Emmanuel Macron tiene una gran mayoría, aunque la ley ha expuesto divisiones dentro de su propio campo. Las actuales normas de asilo de la UE ponen la carga de los migrantes en sus puertos de entrada a Europa, Italia y Grecia los más gravemente afectados, aunque las llegadas también han aumentado en España en los últimos meses. (Víctor Vera) [The Local]

Consejo recomienda derecho constitucional para acceder a anticoncepción y aborto.

19 abril 2018.- El *Haut Conseil à l'Egalité entre les Femmes et les Hommes* (Consejo Superior para la Igualdad entre Mujeres y Hombres) ha hecho público un llamado a la revisión y modernización de la Constitución de la República Francesa para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres, entre lo que promueve el derecho constitucional a acceder a la anticoncepción y al aborto.

En el documento, argumenta que, aunque la Constitución actual no crea obstáculos para la igualdad de género, tampoco proporciona una garantía para ella, y presenta una historia de siglos de exclusión para las mujeres en la realización de sus derechos ciudadanos. Piden un texto revisado que haga visible y explícita la igualdad entre mujeres y hombres en la Constitución, agregando la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley "sin distinción de sexo", y que se reemplace el concepto *droits des hommes* (derechos de los hombres) por *droits humains* (derechos humanos). Pide, además, la garantía y no solo la promoción de un reparto equitativo del poder que garantice la representación equitativa de mujeres y hombres en cualquier nombramiento gubernamental.

También ha solicitado se reconozcan tres nuevos derechos fundamentales en la Constitución: a la anticoncepción y al aborto, a una vida sin violencia de género o sexual y a beneficiarse igualmente de la financiación pública del Estado y los territorios franceses. (Víctor Vera) [Safe Abortion Women's Right]

Grecia

Nueva ley limita la *Sharía* Islámica.

9 enero 2018.- El parlamento de Grecia votó por limitar la ley islámica que regía en la zona norte del país en materia de derecho familiar, estableciendo que se debe aplicar el derecho de familia griego.

La ley islámica en materia familiar era aplicada desde 1923, en la región de Tracia, la cual exclusivamente era aplicada por matrimonios musulmanes donde resolvían los asuntos familiares basándose en sus costumbres.

Esta acción legislativa es consecuencia de una denuncia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos hecha por una mujer musulmana que, debido a la Sharía no pudo heredar tras la muerte de su esposo. (Santiago Sánchez) [Deutsche Welle]

Holanda

Corte señala la necesidad de una opción neutral de género.

29 mayo 2018.- El Tribunal de Distrito de Limburgo de Roermond resolvió la petición de un solicitante de 57 años, quien al momento de su nacimiento no fue posible determinar cuál era su sexo. Sus padres decidieron registrarlo como hombre; no obstante, tiempo después cambió su género a femenino, aunque tampoco se identificó con este género y decidió presentar a la corte que se introdujera formalmente un tercer género.

El tribunal en su sentencia consideró que para el género es más importante la identificación personal que la apariencia física o la determinación médica. Por lo que, también ha solicitado que se promulguen leyes donde se permita la autoidentificación en el género neutral para quien así desee hacerlo.

Ante tal petición el gobierno holandés se encargará de analizar los alcances legales de tal determinación judicial. (Santiago Sánchez) [Human Rights Watch]

Gobierno niega alimentos a solicitantes de asilo: Human Rights Watch.

22 agosto 2018.- La ONG Human Rights Watch denunció que el Gobierno húngaro dejó de proporcionar alimentos a los solicitantes de asilo cuyas peticiones fueron rechazadas en las fronteras de Hungría, lo que dejó a los migrantes en las zonas de tránsito de las fronteras, esperando que se resuelvan las apelaciones a los trámites.

Con esta medida, supuestamente, se pretendió forzar ahuyentar a los refugiados del país, según los activistas de la ONG, y con esto se violan los derechos humanos.

Desde julio, Hungría se escuda en su ley que considera delito conceder asistencia humanitaria o acoger a las personas migrantes. Frente a esta situación, la organización demandó a las autoridades húngaras ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha obligado al país a alimentar a las seis familias de refugiados denunciantes en una sentencia inmediata y provisional. (Jesús Martínez) [RTVE]

Irlanda

Referéndum en Irlanda: votan a favor del aborto.

26 mayo 2018.- Irlanda ha llevado a cabo un referéndum donde ha puesto a consideración el derecho al aborto como un precepto constitucional. El resultado ha sido contundente por parte de la comunidad irlandesa en favor del aborto.

Con la votación, se reformó en la Constitución de Irlanda la "Octava enmienda", la cual prohibía el aborto en una mayoría de circunstancias, mediante la modificación del artículo 40 del texto constitucional, permitiendo que la Ley prevea la regulación de la interrupción del embarazo. (Daniel Olvera) [Human Rights Watch]

Italia

Gobierno aprueba duro decreto contra migrantes.

25 septiembre 2018.- Matteo Salvini, Ministro de Interior de Italia, presentó el 24 de septiembre la primera medida de su gobierno que prevé tanto un endurecimiento de las condiciones para los solicitantes de asilo, así como expulsiones inmediatas para los inmigrantes que sean considerados "un peligro social" o condenados en primer grado.

El Consejo de Ministros aprobó un decreto sobre seguridad e inmigración que modifica las normas que regulan la aceptación de refugiados en el país, cancela los permisos de residencia por motivos humanitarios y alarga la permanencia en los centros para refugiados de 90 a 180 días. La normativa, aprobada por unanimidad, introduce además algunas novedades en materia de antiterrorismo, corrupción y lucha contra la mafia.

Uno de los puntos más polémicos del decreto es el que cancela la protección por motivos humanitarios. Se trata de una de las tres formas de amparo que Italia garantizaba a los inmigrantes junto con el asilo político y la protección subsidiaria, éstos dos últimos regulados por tratados internacionales. A partir de ahora será sustituida por un permiso especial de un año para aquellos que provengan de países afectados por desastres naturales, necesiten recibir tratamiento médico o acrediten méritos civiles. (Víctor Vera) [France 24]

Aprueban reforma laboral que modifica el trabajo temporal.

7 agosto 2018.- El Senado de Italia votó una reforma laboral con 155 votos a favor y 125 en contra que frena los contratos laborales temporales, la cual ya se había aprobado por la Cámara de Diputados a principios del mes de agosto.

La reforma es la primera de importancia del nuevo gobierno del Movimiento Cinco Estrellas (M5E) en conjunto con la Liga de derecha. Dicha reforma busca cumplir la promesa de desalentar la práctica del trabajo temporal, mediante la imposición de costos incrementados a las compañías que hagan uso del mismo. Además, reduce el número de tiempo en que se pueden renovar, el cual pasa de tres a un máximo de dos años. La reforma estipula igualmente que las compañías que hayan recibido subsidios del Estado y muevan su producción fuera del país deben restituir el dinero que les fue otorgado y pueden hacerse acreedores a una multa. Así mismo la ley incentiva a las compañías a contratar personas jóvenes con contratos de tiempo indefinido.

La reforma ha sido criticada por asociaciones de empleadores cuyos miembros hacían uso de los contratos de trabajo temporal, los cuales eran fuertemente apoyados por los votantes, según encuestas de opinión. (Víctor Vera) [Reuters]

Lituania

Parlamento revisa medidas contra derechos de las personas Lgbt.

23 marzo 2018.- El parlamento analizará en el actual periodo legislativo tres propuestas que lo convertirían en el primer país del Consejo Europeo en prohibir tajantemente los derechos humanos de las personas Lgbt.

Estas propuestas abarcan la prohibición total del reconocimiento de la identidad de género a personas transgénero; la definición de vida familiar ajustándola a relación entre hombre y mujer; y, la creación de acuerdos de cohabitación para excluir a las personas del mismo sexo que vivan juntas de la definición de familia. (Santiago Sánchez) [Togayther]

Luxemburgo

Parlamento simplifica modificación de nombre y sexo.

30 julio 2018.- La Cámara de Diputados de Luxemburgo aprobó con 57 votos a favor frente a tres en contra un proyecto de ley que facilita los trámites para poder modificar el nombre y el sexo legales. La norma permitirá la inscripción de nuevos datos personales mediante una solicitud al Ministerio de Justicia. En caso de menores de edad, será elemental el consentimiento de los padres.

Acorde a la nueva legislación, las personas con la necesidad u interés en el trámite sólo tendrán que enviar un documento en donde mencionen la motivación al ministerio de justicia, para reclamar el cambio de nombre y sexo legal. (Sergio Udave) [Dos Manzanas]

Noruega

Comité contra la Tortura revisa el informe de Noruega.

25 abril 2018.- El Comité contra la Tortura completó el examen del octavo informe periódico de Noruega sobre la aplicación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Thor Kleppen Sættem, Secretario de Estado del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública de Noruega, observó con satisfacción que la institución nacional de derechos humanos, creada en 2015, ha sido un factor importante en el debate público sobre cuestiones de derechos humanos.

Los expertos expresaron su preocupación por el alto número de desapariciones de menores no acompañados de las instituciones para solicitantes de asilo: 150 en 2016 y 223 en los primeros 10 meses de 2017. El alto número de personas deportadas, 7,825 personas en 2015, expresó preocupación por la solicitud de principio de no devolución. Por su parte, Noruega ha tomado medidas para abordar estos problemas, incluida la adopción de directrices sobre cómo tratar las desapariciones y la búsqueda de posibles casos de trata de personas. (Jesús Martínez) [Naciones Unidas]

Polonia

Organismo de prevención de la tortura de la ONU visita Polonia.

6 julio 2018.- El Subcomité de Prevención de la Tortura de la Onu visitó Polonia entre el 8 y el 19 de julio para evaluar el trato a las personas privadas de libertad en Polonia y las salvaguardias vigentes para su protección contra la tortura y los malos tratos. El comité evaluó las políticas de prevención de tortura que ha implementado, visitar las cárceles, estaciones de policía y centros de detención para menores, así como otros lugares.

Al final de la visita, el Subcomité presentará sus observaciones preliminares confidenciales al gobierno de Polonia y su mecanismo nacional de prevención.

La delegación se integró por la Aisha Shujune Muhammad (Jefa de la delegación, Maldivas), Marija Definis-Gojanovic (Croacia), Petros Michaelides (Chipre), Mari Amos (Estonia), Zdenka Perovic (Montenegro) y Daniel Fink (Suiza). (Jesús Martínez) [Naciones Unidas]

Portugal

Entra en vigor ley sobre paridad de género.

17 enero 2018.- En enero de este año entró en vigor una nueva ley que establece la paridad de género en los órganos de fiscalización y administración de las empresas del sector público. Para el presente año, la ley solicita a los órganos de empresas cotizadas en bolsa, una representación mínima del 20% de cada sexo. Sin embargo, para el año 2020, se exigirá el 33.3% que ya se les exige a las empresas públicas.

Lo anterior es un logro de las leyes que se han promulgado en favor de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, entre ellas la de paridad del 2006, que obligó a que las listas electorales municipales, legislativas y para el parlamento europeo tuvieran una representación mínima del 33.3% de cada género.

Teresa Fragoso, presidenta de la Comisión para la Ciudadanía y la igualdad de Género, ha afirmado que es motivo de orgullo tener un ordenamiento jurídico plenamente igualitario y un ámbito de educación superior en donde las mujeres tengan un papel fundamental. (Miguel Morales) [Cadena Ser]

Reino Unido

Parlamento británico elimina restricciones al aborto en Irlanda del Norte.

25 octubre 2018.- Los diputados del Reino Unido han votado abrumadoramente a favor de eliminar las leyes de aborto de Irlanda del Norte que establecian que las mujeres sólo pueden interrumpir legalmente un embarazo en circunstancias en las que su vida está en peligro. Las leyes de las regiones de Irlanda del Norte prohíben actualmente que las mujeres tengan abortos en caso de violación, incesto o anormalidad fetal.

El proyecto de ley fue presentado por la diputada laborista Diana Johnson y tuvo por objeto poner fin a la infame Ley de delitos contra la persona de 1861, que tipifica como delito el aborto en el Reino Unido. Esa ley fue reformada en 1967 cuando el aborto fue legalizado en Inglaterra, Escocia y Gales, pero no en Irlanda del Norte, donde las costumbres sociales socialmente conservadoras reflejan los estrictos puntos de vista católicos y protestantes de la población local con respecto a los derechos reproductivos de las mujeres. (Francisco Reyes) [Cnn]

Suprema Corte niega protección a pareja gay en caso de pastelería.

10 octubre 2018.- Una panadería de Belfast manejada por cristianos evangélicos no estaba obligada a hacer un pastel adornado con el mensaje "apoyo al matrimonio de homosexuales", ha dictaminado la Corte Suprema, anulando una indemnización de daños y perjuicios de 500 libras esterlinas que se les había impuesto. La decisión unánime del más alto tribunal del Reino Unido fue recibida como una victoria para la libertad de expresión, pero fue condenada por los grupos de derechos de los homosexuales y la Comisión de Igualdad de Irlanda del Norte como un paso atrás en la lucha contra la discriminación.

Los cinco jueces del tribunal constitucional concluyeron que la panadería no se negó a cumplir la orden de la pareja homosexual debido a su orientación sexual y, por lo tanto, no hubo discriminación por esos motivos. La relación comercial entre el cliente y los comerciantes no implicaba que a estos se le negaran trabajos o servicios debido a su fe religiosa, agregaron los ministros. (Francisco Reyes) [The Guardian]

Suprema Corte reduce papel de los jueces en casos de enfermos terminales.

30 julio 2018.- Ya no será necesario consultar a los jueces cuando los médicos y los familiares de los pacientes en estado vegetativo o de conciencia mínima estén de acuerdo en que el tratamiento de soporte vital de una persona en ese estado debe terminar, ha resuelto la Suprema Corte. El fallo podría afectar la atención de miles de personas cada año que son mantenidas con vida en hogares de ancianos y hospitales mediante intervenciones médicas.

La abogacía del Estado, la oficina que ayuda a las personas vulnerables a causa de su falta de capacidad mental o de edad en sus relaciones con el sistema de justicia, interpuso un recurso ante la oposición de la familia y los médicos de un hombre que sólo fue identificado como el "Sr. Y". El caso se aceleró hasta el más alto tribunal del Reino Unido debido a la condición del paciente, pero murió antes de que pudiera ser escuchado. No obstante, el tribunal escuchó los argumentos jurídicos porque, según dijo, se trataba de una cuestión importante que debía resolverse. (Francisco Reyes) [Bbc]

República Checa

Nueva ley dejaría sin protección el derecho a la vivienda: Ongs.

28 julio 2018.- El país ha visto la entrada en vigor de una reforma de la ley sobre prestaciones sociales, respecto de la cual varios ayuntamientos notificaron que iban a restringir el acceso a las ayudas para vivienda.

La reforma faculta a los municipios declarar zonas de "conducta socialmente patológica", en donde los residentes tendrían prohibido solicitar determinadas ayudas para vivienda, y afectaría a los nuevos inquilinos de casas de alquiler y a quienes se mudaran a estas zonas o cambiaran de domicilio dentro de ellas.

Diversas Ong señalaron con preocupación que la nueva normativa afectará de manera desproporcionada específicamente a romaníes y a personas sin recursos, dejándolos en un estado de indefensión. (Miguel Morales) [Nexos]

Rumania

Rumania y Lituania participan en detenciones secretas de la Cia: Tedh.

31 mayo 2018.- Tras una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tedh), se determinó que Rumania y Lituania violaron los derechos humanos de Abd al-Rahim al-Nashiri y Zayn al-Abidin Muhammad Husayn con su complicidad en los malos tratos que sufrieron ambos durante su reclusión en centros estadounidenses de detención secreta existentes en los dos países. Al-Nashiri y Abu Zubaydah, recluidos actualmente en el centro estadounidense de detención de Guantánamo, fueron sometidos a desaparición forzada y tortura en el marco del programa de entregas.

El Tribunal Europeo sostuvo que ambos gobiernos son responsables de la detención ilegal y los malos tratos de los dos hombres en "lugares negros" de la Cia. Amnistía Internacional y la Corte Internacional de Justicia intervinieron en ambos procedimientos. Las dos organizaciones presentaron datos, contexto y dictámenes periciales basados en precedentes del tribunal y de otros órganos. (Jesús Martínez) [Amnistía Internacional]

Suecia

Nueva ley califica a relaciones sexuales sin consentimiento como violación.

23 mayo 2018.- En 2013, tres jóvenes varones acusados de violar en grupo a una niña de 15 años con una botella hasta provocarle una hemorragia fueron absueltos en el siguiente sentido bajo la consideración de que "las personas que mantienen relaciones sexuales hacen cosas de forma natural con el cuerpo de las demás de forma espontánea, sin pedir consentimiento".

Posteriormente, el tribunal de apelaciones les declaró culpables y se inició un movimiento nacional, *Fatta* ("Entérate"), cuyo objetivo era lograr que la ley reconociese que las relaciones sexuales sin consentimiento constituyen violación. Cinco años después, e impulsado por el movimiento global #MeToo, la campaña logró la aprobación de nueva legislación en el Parlamento sueco.

La nueva ley permitirá enjuiciar más casos de violación: ilegalizará las relaciones sexuales con personas que no participan en ellas de forma voluntaria. La persona debe manifestar verbalmente su acuerdo o demostrar claramente que desea participar en la relación sexual. La pasividad ya no se interpretará como un signo de participación voluntaria. (Jesús Martínez) [Amnistía Internacional]

Suiza

Autoridades deben retirar cargos contra sacerdote que ayudó a solicitante de asilo: Amnistía Internacional.

24 octubre 2018.- Las autoridades suizas deben retirar los cargos contra un pastor que ofreció comida y cobijo a una persona cuya solicitud de asilo había sido rechazada, concluyó Amnistía Internacional.

El pastor Norbert Valley, fue llevado por la policía para interrogarlo sobre una supuesta "facilitación de estancia ilegal" de un togolés, en virtud del artículo 116 de la Ley de Extranjería suiza.

El pastor fue interrogado por la policía en febrero, cuando los agentes se presentaron en su iglesia de Le Locle en pleno sermón dominical. De ser acusado, el pastor Valley tendría que enfrentarse a un juicio penal. (Jesús Martínez) [Amnistía Internacional]

Ucrania

Legislación sobre gestación subrogada sigue causando problemas.

30 agosto 2018.- Una treintena de familias españolas se encuentren bloqueadas en la capital de Ucrania, sin poder obtener el pasaporte español para los bebés nacidos allí mediante gestación subrogada, práctica que no es legal en España.

"El tratamiento de este tipo de expedientes requiere de un especial cuidado por parte de la Sección Consular de la Embajada de España en Kiev al haber sido informada en los últimos meses de posibles casos de mala praxis médica asociada a los procesos de reproducción asistida, así como de casos de posible tráfico de menores," señaló el comunicado de la Embajada española en Kiev.

Las familias esperan citas con el consulado para finales de octubre o noviembre, y otras ni siquiera eso. El Departamento de Exteriores asegura que "les atenderá de manera individualizada para informarles de la legislación vigente, las alternativas legales y para ayudarles a buscar la mejor solución posible". La vía alternativa que cobra más fuerza, a la espera de las resoluciones del consulado español, es la de que soliciten un pasaporte ucraniano para que los bebés regresen a España y, una vez aquí, se inicie un juicio de filiación. (Jesús Martínez) [El País]

Vaticano

Pena de muerte es inadmisible: Papa Francisco.

2 agosto 2018.- El Papa Francisco aprobó la modificación al catecismo católico con la intención de declarar inadmisible la pena de muerte.

La postura del Papa frente a la pena de muerte se encuentra establecida en el artículo 2.267 del Catecismo católico. Este artículo establece que "la Iglesia enseña, a la luz del Evangelio, que la pena de muerte es inadmisible, porque atenta contra la inviolabilidad y la dignidad de la persona, y se compromete con determinación a su abolición en todo el mundo".

Según el precepto, la necesidad de manifestar un cambio es que "hoy está cada vez más viva la conciencia de que la dignidad de la persona no se pierde ni siquiera después de haber cometido crímenes muy graves" y "se ha extendido una nueva comprensión acerca del sentido de las sanciones penales por parte del Estado". (Santiago Sánchez) [20 Minutos]

Condenan a sacerdote por posesión de pornografía infantil.

24 junio 2018.- El Tribunal del Vaticano condenó al sacerdote Carlo Alberto Capella a cinco años de prisión, así como al pago de cinco mil euros por posesión y tráfico de imágenes de pornografía infantil.

El sacerdote que trabajaba como consejero de la Nunciatura en Washington dijo en el juicio que cuando inició con su conducta se debía a un sentimiento de vacío e inutilidad, lo que originó sus actos compulsivos de búsquedas impropias por las que nunca había sentido interés, admitiendo así que era responsable de posesión y tráfico de pornografía infantil luego de confesar haber compartido imágenes a través de una red social.

El tribunal del Vaticano dijo ser competente para juzgarlo porque se trata de un oficial de la Santa Sede. (Santiago Sánchez) [La Vanguardia]

Afganistán

CPI recibe 1.17 millones de denuncias de crímenes de guerra.

15 febrero 2018.- La Corte Penal Internacional (CPI) ha comenzado, desde hace tres meses, a recibir denuncias sobre crímenes de guerra en Afganistán, obteniendo 1.17 millones de denuncias de ciudadanos afganos.

Estos crímenes se habrían cometido por grupos extremistas como el Talibán y el Estado Islámico, pero, además, señaló Abdul Wadood Pedram, de la Organización de Derechos Humanos y Erradicación de la Violencia, los crímenes habrían sido cometidos por fuerzas armadas afganas, caudillos afiliados al gobierno, la coalición liderada por Estados Unidos, y agencias de espionaje tanto extranjeras como nacionales.

Los jueces de la CPI de la Haya tendrán que decidir si se abre una pesquisa sobre crímenes de guerra en Afganistán, ya que una declaración podría incluir a varias víctimas y una organización podría representar miles de declaraciones de víctimas, por lo que son millones de afganos que buscan justicia. (Édgar Sánchez) [El Mundo]

Bangladesh

Presidente promulga criticada Ley de Seguridad Digital.

20 septiembre 2018.- El presidente ha promulgado la Ley de Seguridad Digital, la cual ha sido criticada por organizaciones internacionales defensoras de derechos humanos, por considerar que la misma atenta contra la libertad de expresión. El presidente afirmó que aquellos profesionales del periodismo que no provean informaciones falsas no tienen que temer.

La ley establece penas como la cadena perpetua por revelar información clasificada y la publicación de contenidos "falsos o distorsionados". El texto también incluye la difusión de rumores, algo que puede conllevar un máximo de tres años de cárcel. (Édgar Sánchez) [Europa Press]

Condenan a muerte a 39 por muerte de alcalde.

13 marzo 2018.- Después de que el alcalde de la ciudad de Feni, Ekramul Haque, perteneciente al partido del gobierno la Liga Awami, fuera quemado vivo en su coche, un tribunal bangladeshí sentenció a la horca a 39 personas que participaron en el ataque, de los cuales 17 aún continúan fugados.

De los 56 acusados, 15 confesaron en el tribunal, mientras que 19 permanecieron fugitivos, de los cuales dos se encontraban entre los absueltos el martes. De los 39 convictos, 22 están entre rejas.

Los atacantes del alcalde interceptaron el microbús en el que se encontraba y le dispararon a corta distancia antes de prenderle fuego al vehículo. Huyeron de la escena sólo después de confirmar la muerte de Ekramul, que también era el presidente de la unidad local de la Liga Awami. (Édgar Sánchez) [El Periodico]

Camboya

Aprueban ley que prohíbe insultar a la monarquía.

2 febrero 2018.- El Parlamento de Camboya ha aprobado una ley de lesa majestad que penalizará los insultos contra el rey, tipificado como delito insultar a la monarquía.

La nueva legislación ha sido criticada por organizaciones de Derechos Humanos, que consideran que la norma pueda ser utilizada contra la disidencia.

La ley prevé una pena de entre uno y cinco años de cárcel y una multa de entre 500 y 2500 dólares, todo esto con el objetivo de defender al rey y a su honor. (Édgar Sánchez) [Deutsche Welle]

China

Fiscalía aprueba normas para tratar a personas con enfermedades mentales.

26 febrero 2018.- La Fiscalía Popular Suprema (Fps), máxima instancia de procuración de justicia de China, ha publicado un nuevo reglamento sobre el tratamiento médico obligatorio a los sospechosos con enfermedades mentales, para evitar condenas erróneas y garantizar la imparcialidad y la justicia.

Con esto, se busca prevenir y rectificar los casos en los que los sospechosos intentan hacerse pasar por enfermos mentales con el fin de escapar de castigos penales, así como aquellos en los que personas inocentes son internadas por la fuerza, dijo la fiscalía en un comunicado.

Para fortalecer la supervisión del uso del tratamiento médico obligatorio, los fiscales pueden reunirse con sospechosos con enfermedades mentales, interrogar a la policía que investiga los casos, las personas que evalúan la salud mental, los médicos, familiares y vecinos de los enfermos mentales, así como a las víctimas de cada caso, de acuerdo con las reglas. En algunos casos, el uso incorrecto del tratamiento médico obligatorio fue corregido por fiscales después de escuchar a las víctimas, reconoció la Fps. (Víctor Vera) [Xinhuanet]

Corea del Norte

Consejo de Seguridad de la Onu condena misiles norcoreanos.

2 enero 2018.- El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas votó a favor de la Resolución 2397, en donde condenó el lanzamiento de un misil balístico realizado por la República Popular de Corea (Rpdc) el día 28 de noviembre de 2017.

El consejo reafirmó sus decisiones de que la Rpdc no realizará nuevos lanzamientos ni ensayos nucleares y ningún otro acto de provocación, suspenderá de inmediato todas las actividades relacionadas con su programa de misiles balísticos y en este contexto restablecerá los compromisos que había contraído.

El consejo también demandó que el país debe abandonar todas las armas nucleares y los programas nucleares existentes de manera completa, verificable e irreversible, y pondrá fin de inmediato a todas las actividades conexas, además de que abandonará todos los demás programas de armas de destrucción en masa y de misiles balísticos existentes de manera completa, verificable e irreversible. (Felipe Rodríguez) [Naciones Unidas]

Corea del Sur

Corte Suprema reconoce a las criptomonedas.

30 mayo 2018.- La Corte Suprema de Corea del Sur reconoció a las criptomonedas como "un activo con valor medible", fallo que permitirá al Estado confiscarlas por actividades criminales, reconociendo a éstas como "ganancias obtenidas del comercio de bienes".

Con anterioridad existía un proceso penal en contra de un sujeto identificado como Ahn, acusado de vender pornografía en línea utilizando como método de pago las criptomonedas.

Con este fallo la Fiscalía podrá proceder a confiscar 2.4 millones de wones (alrededor de 2.3 millones de dólares) en formato de criptomoneda, que tenía en su poder el imputado. (Édgar Sánchez) [Criptonoticias]

Expresidenta es condenada a 24 años de cárcel.

6 abril 2018.- La expresidenta de Corea del Sur, Park Geun-hye fue condenada a 24 años de cárcel por los delitos de abuso de poder y corrupción.

Park siempre rechazó los cargos y no estuvo presente al momento de escuchar el veredicto, sin embargo, éste fue trasmitido en vivo para todo el país. A la exmandataria también se le condenó al pago de 18.000 millones de wones en multas. (Édgar Sánchez) [Bbc]

Georgia

Condenan a tres años de cárcel a expresidente Saakashvili.

5 enero 2018.- El expresidente Mijail Saakashvili ha sido condenado por la justicia de Georgia a tres años de prisión, en rebeldía, por abuso de poder en relación con el caso del asesinato de un empleado del Banco Unido de Georgia en 2006.

El Tribunal resolvió que Saakashvili violó los derechos de la familia de la víctima y los intereses legales del Estado, ya que indultó a altos funcionarios relacionados con el caso, lo que le permitió liberarse de su responsabilidad. (Édgar Sánchez) [Europa Press]

Israel

Paz entre Israel y Palestina, en riesgo: Onu.

20 febrero 2018.- Antonio Guterres, titular de la Organización de las Naciones Unidas ante el Consejo de Seguridad de la Onu, convocó a ambos Estados partes para darle fin al conflicto que por décadas ha terminado con las vidas de cientos de ciudadanos de ambos países.

Guterres recalcó que era el momento para entablar negociaciones antes que dejara de existir el canal de comunicación y posibles vías que lleven a la paz. (Felipe Rodríguez) [Naciones Unidas]

Nepal

Ley *anti-conversión* es aprobada en el parlamento.

15 agosto 2018.- Nepal implementará este mes nuevas leyes contra la conversión, la cual, acorde a los críticos de esta, es parte de un mayor impulso de la India para hinduizar a sus vecinos.

Las reglas, incluidas en el nuevo código civil, han suscitado el debate en torno al derecho de libertad de culto, pues se ha criminalizado el prosilentalismo, lo que abarca todas las religiones del país, sin limitarse a una en específico. La nueva ley se aplica tanto a extranjeros como a ciudadanos.

En un país donde el gran porcentaje importante de nepaleses y nepalesas profesa el hinduismo, las minorías consideran que la normativa apunta a desalentar su propia fe, y, en particular, la difusión del cristianismo. (Wendy Mata) [Mision Network News]

Pakistán

Absuelven a 20 personas por linchamiento contra cristianos.

24 marzo 2018.- Un tribunal antiterrorista de Lahore, Pakistán, ha absuelto a 20 hombres sospechosos de estar involucrados en el asesinato de una pareja cristiana quemada viva en noviembre de 2014 en el horno en el que trabajaban, después de que se alegara que habían prendido fuego a algunas páginas de un Corán.

Una turba de 600 personas golpeó hasta casi la muerte a Shahzad Masih, de 26 años, y a su esposa embarazada de cinco meses Shama Bibi, de 24, por su acto "blasfemo". Los hechos sucedieron en una aldea a 60 kilómetros de Lahore, la capital de la región pakistaní del Punjab. La pareja fue arrojada al gran horno donde trabajaban como trabajadores forzados. (Edgar Sánchez) [America Teve]

Rusia

Tribunal Constitucional resuelve sobre concentraciones pacíficas.

10 febrero 2018.- El Tribunal Constitucional de Rusia resolvió que el hecho de celebrar una concentración pacífica "no autorizada" no es constitutivo de delito en virtud del artículo 212.1 del Código Penal, según el cual el incumplimiento reiterado de las normas sobre protestas constituía delito.

Aunado a esto, el 22 de febrero se revisó la condena impuesta al activista Ildar Dadin en virtud del artículo 212.1 por manifestarse de forma pacífica. Derivado de dicha revisión, el Tribunal Supremo ordenó la puesta en libertad del activista. (Miguel Morales) [Amnistía Internacional]

Turquía

Condenan a prisión a líder del partido *pro-kurdo*.

7 septiembre 2018.- Un tribunal en Estambul sentenció a 4 años y ocho meses de prisión al antiguo po-presidente del pro-kurdo Partido Democrático, por "propaganda terrorista", informó la agencia Anadolu. El mismo tribunal condenó al ex diputado del HDP Sirri Süreyya Önder a tres años y seis meses por el mismo concepto.

"No considero apropiado defenderme de esta manera. Exigimos un juicio justo. No saldremos sin una defensa", declaró el líder opositor durante su alegato antes de conocer la sentencia.

Dicha acusación está basada en un discurso en el año 2013, el cual fue tomado por la Fiscalía como "propaganda" de la guerrilla kurda. (Sergio Udave) [La Vanguardia]

Angola

Sargento es condenado por asesinato de niño durante protesta.

16 agosto 2018.- El Tribunal de Luanda condenó a un sargento del ejército a 18 años de prisión y multa de 1 millón de kwanzas (equivalente a 3,700 dólares americanos) por el asesinato en 2016 de un niño de 14 años durante una protesta pacífica contra las demoliciones de casas. Así mismo se condenó a tres soldados a un año de cárcel por disparar municiones contra manifestantes desarmados.

El pasado el 6 de agosto de 2016, durante una intervención de la policía militar durante para auxiliar en la demolición de viviendas para un proyecto comercial en el barrio Walale, Zango II de Luanda. Fue entonces cuando un grupo de residentes se manifestaron pacíficamente contra las demoliciones. Sin dar ninguna advertencia, los soldados dispararon municiones en el aire y en los pies de los manifestantes para dispersarlos y fue cuando una de las balas golpeó, con herida de muerte, el cuello del menor. (Jesús Martínez) [Human Rights Watch]

Tribunal absuelve a periodistas acusados de delitos contra autoridad.

6 julio 2018.- Un tribunal en Luanda ha absuelto al periodista investigador Rafael Marques y al editor Mariano Bras de los cargos de "indignación de un cuerpo de soberanía y lesiones contra la autoridad", en términos de la Ley de Delitos contra la Seguridad del Estado de Angola.

Los periodistas fueron acusados en 21 de junio de 2017, tras la publicación de un artículo sobre una supuesta adquisición ilegal de tierras por el fiscal general, João Maria de Sousa.

El artículo fue publicado, por primera vez, en el sitio web de Marques en MakaAngola en noviembre de 2016 y reeditado por *O Crime*, editado por Bras. En este se afirmaba que De Sousa había actuado ilegalmente como promotor inmobiliario y de bienes raíces a la par de sus funciones oficiales. Los fiscales estatales acusaron a los periodistas por actuar de mala fe y violaron los principios éticos del periodismo. (Jesús Martínez) [Human Rights Watch]

Argelia

Enfrentan altas temperaturas grupos en situación de vulnerabilidad.

27 julio 2018.- El clima extremo que ha sacudido al país ha tenido grandes efectos fisiológicos en los seres humanos que pueden ocasionar muertes prematuras e incapacidad tales como, insuficiencias cardiovasculares, respiratorias y renales, así como diabetes, especialmente aquellos en situación de vulnerabilidad, según la Organización Mundial de la Salud.

Los acontecimientos, tales como sequías y precipitaciones desastrosas, que ha caracterizado el verano en el hemisferio norte, y el cual ha afectado la salud, la agricultura, los ecosistemas, y la infraestructura y también ha provocado grandes incendios forestales, obligan a tomar especial atención a los grupos vulnerables, al resultar los más afectados como son las personas mayores, niños y niñas, mujeres embarazadas, obreros que trabajan al aire libre y personas en situación de pobreza, según la misma organización. (Miguel Morales) [Naciones Unidas]

Benín

Adoptan campaña para poner fin al matrimonio precoz.

23 junio 2018.- Benín se convirtió en el vigésimo país en adherirse a la campaña de la Unión Africana con el objetivo de poner fin al matrimonio precoz. La campaña tiene como meta educar a las comunidades sobre los efectos negativos del matrimonio precoz.

Aún y en contra de que la legislación prohibía el matrimonio antes de los 18 años, el 32% de las niñas seguían casándose antes de cumplir esa edad y el 9% lo hacían antes de cumplir los 15.

En noviembre del año pasado, el gobierno aceptó la recomendación realizada durante el examen periódico universal de la Onu a fin de agilizar la implementación de legislación que contenga las prácticas tradicionales nocivas contra niños y niñas, incluidas las relativas al matrimonio forzado o precoz. (Miguel Morales) [Amnistía Internacional]

Burundi

Defensor de derechos humanos es condenado a 32 años de prisión.

27 abril 2018.- Germain Rukuki, presidente de la organización comunitaria Njabutsa Tujane y empleado de la Asociación de Abogados Católicos de Burundi, fue sentenciado a 32 años de prisión bajo cargos falsos, de acuerdo con Seif Magango, director adjunto de Amnistía Internacional para África Oriental, el Cuerno de África y los Grandes Lagos.

Varias organizaciones de derechos humanos han expresado que esto es un movimiento político en contra del defensor de los derechos humanos, quien ha denunciado abiertamente las violaciones cometidas por las autoridades del estado. También han declarado que se trata de una declaración para cualquiera que se atreva a desafiar el régimen, un mes antes del referendum que permitiría al presidente Nkurunziza, quien ha ocupado el cargo desde 2005, permanecer en éste hasta el año 2034. (Víctor Vera) [Amnistía Internacional]

Gambia

Da Gambia primer paso hacia abolición de pena de muerte.

5 octubre 2018.- Tras la destitución del dictador Yahya Jammeh, el ahora presidente de Gambia Adama Barrow declaró el 18 de febrero de 2018 una moratoria de ejecuciones como un primer paso para su abolición, la cual se concretó el pasado 28 de septiembre mediante la ratificación del segundo protocolo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La ratificación se realizó en el marco de la Semana Ministerial de la 73a. Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, convirtiéndose en el octogésimo séptimo país en unirse al pacto. (Jesús Martínez) [La Vanguardia]

Tribunal Regional emite sentencia contra leyes que violan libertad de expresión.

15 febrero 2018.- Tras una sentencia histórica, el Tribunal Regional de la Comunidad Económica de Estados del África Occidental (CEDEAO) resolvió que las leyes de medios de comunicación sobre sedición, noticias falsas y difamación criminal violan el derecho a la libertad de expresión en Gambia.

"Estas leyes no han hecho más que crear una cultura generalizada de persecución, violencia e injusticia contra quienes han estado trabajando en los medios de comunicación en Gambia bajo el régimen del expresidente Jammeh. La sentencia de hoy debe espolear al nuevo gobierno a no perder tiempo para derogar estas leyes, garantizar que cumple sus responsabilidades contraídas en virtud del derecho internacional y regional, y sentar los cimientos para una cultura sólida de derechos humanos", señaló Sabrina Mahtani, investigadora de Amnistía Internacional para África Occidental.

La sentencia sienta un importante precedente, pues en otros países de África Occidental se siguen utilizando leyes represivas similares para silenciar la libertad de expresión y obstaculizar el trabajo fundamental de los periodistas, en contra de lo establecido por el derecho regional e internacional de los derechos humanos. (Jesús Martínez) [Amnistía Internacional]

Camerún

Nueva escala de violencia desestabiliza al país: Amnistía Internacional.

18 septiembre 2018.- Alrededor de 400 personas han muerto en lo que va del año a manos tanto de fuerzas de seguridad como de separatistas armados a causa de la violencia en las regiones anglófonas de la región. Los ataques brutales contra tanto los ciudadanos como los miembros de las fuerzas de seguridad son una prueba más de la escala tan terrible de violencia de dichas regiones, ha dicho hoy Amnistía Internacional.

"Con la proximidad de las elecciones en Camerún, tenemos motivos para temer otro repunte de la violencia. Es probable que veamos una escalada de los episodios de violencia y de la actividad de los separatistas armados que amenazan con desestabilizar a toda costa el proceso electoral en las regiones anglófonas", ha afirmado Samira Daoud, directora regional adjunta de Amnistía Internacional para África Occidental y Central. "La violencia no hace sino propiciar más episodios violentos, crímenes y un sufrimiento indecible. El gobierno debe tomar medidas de inmediato para restablecer la paz en las regiones anglófonas", declaró. (Víctor Vera) [Amnistía Internacional]

Costa de Marfil

Nueva ley de salud reproductiva encuentra oposición.

10 julio 2018.- Una nueva propuesta de ley de salud reproductiva sexual propuesta ha causado preocupación para los obispos de Costa de Marfil. El proyecto despenalizaría el aborto en el país de África occidental, así como legalizaría la fertilización in vitro y otras procreaciones con asistencia médica.

"La Iglesia católica condena todo lo que se opone a la vida", declaró el obispo Antoine Koné, de Odienné, presidente de la Comisión Episcopal de Asuntos Pastorales, en una conferencia de prensa que anunció la declaración. Mientras observan que la ciencia y la medicina son críticas para el bienestar de la persona humana, los obispos advirtieron contra cualquier intento de alterar la vida humana.

La legislación propuesta no sólo despenalizaría el aborto, sino que también daría acceso universal a la anticoncepción para menores de 16 años. Al respecto, los obispos dijeron que el uso de anticonceptivos como lo establece el proyecto de ley también choca con la enseñanza moral católica. Señlaron además que alentar a los jóvenes a usar anticonceptivos corre el riesgo de forjar una cultura "de libertinaje sexual y la huida de responsabilidades procreativas". (Víctor Vera) [Crux Now]

Egipto

Condenan a 75 a pena de muerte tras protestas.

8 septiembre 2018.- Tras una protesta por parte de los islamistas en 2013, se han llevado a cabo una serie de juicios en contra de 739 acusados de delitos como homicidio y daño a la propiedad; en esta ocasión fueron condenadas a muerte 75 personas, entre las cuales se encuentran altos dirigentes de la Hermandad Musulmana.

A su vez, el Tribunal Egipcio condenó a cadena perpetua al líder de la Hermandad, Mohammed Badie, junto con otras 46 personas.

El grupo de derechos humanos Amnistía Internacional, con sede en Londres se ha pronunciado al respecto de estas condenas: "Las autoridades egipcias deberían avergonzarse. Exigimos que se celebre un nuevo juicio en un tribunal imparcial y que se respete plenamente el derecho de todos los acusados a un juicio justo, sin recurrir a la pena de muerte", afirmó Najia Bounaim, un alto funcionario de Amnistía. (Santiago Sánchez) [Vanguardia]

Condenan a 3 años de prisión a autor de canción contra el presidente.

31 julio 2018.- Galal al Behiri, autor, fue condenado a 3 años de prisión por componer e interpretar la canción "Balaha" y por su libro de poesía titulado "Las mejores mujeres de la tierra" donde se recogían los versos de la canción previamente mencionada.

El artista fue juzgado por un tribunal penal militar egipcio toda vez que la canción y el libro insultaban a la institución militar egipcia, así como al presidente Abdelfatah al Sisi.

Expertos en derechos humanos pertenecientes a la Onu exhortaron a las autoridades a que dejasen en libertad a Al Behiri y a "absolverle de la acusación relacionada con la expresión creativa y sus opiniones políticas". (Santiago Sánchez) [Diario de Yucatán]

Marruecos

Jóvenes juzgados por ondear bandera de España en estadio son absueltos.

22 octubre 2018.- El Tribunal de Primera Instancia de Agadir, en el sur de Marruecos, absolvió a cuatro jóvenes aficionados procesados por haber desplegado la bandera española en un partido de la liga marroquí.

Los hechos se remontan al pasado día 6 de octubre, cuando cuatro jóvenes aficionados del club local de Hassania de Agadir ondearon dos banderas de España durante un partido de su equipo contra el Olympique de Juribga, en un partido de la primera división del campeonato marroquí. Uno de los cuatro aficionados del grupo local "Imazighen", acusados todos de "ultraje a uno de los símbolos nacionales", fue juzgado en situación de detención preventiva, mientras que al resto se les concedió la libertad provisional. Sebai alegó que no existía delito porque la bandera de España "es el símbolo de un país vecino y amigo y se vende en diferentes versiones en el mercado marroquí".

La sentencia ha sido muy esperada por producirse en un momento de efervescencia política en los estadios de fútbol, donde los aficionados de fútbol de las ciudades septentrionales como Tánger y Tetuán despliegan de vez en cuando la bandera de España en los partidos de sus equipos cuando juegan contra los clubes de las ciudades del centro del país. El uso de la bandera española ha estado acompañado en las últimas semanas de cánticos y eslóganes de signo claramente político, entre ellos el más coreado: "El pueblo quiere renunciar a la nacionalidad". (Víctor Vera) [Ultima Hora]

Mauritania

Cumbre africana pide liberación de activistas de derechos humanos.

20 julio 2018.- Al ser sede oficial en Nuackchot, Mauritania, del 310. periodo ordinario de sesiones de la Cumbre de la Unión Africana, más de 64.000 peticiones de personas de todo mundo solicitaron la libertad inmediata de Moussa Biram y Abdallahi Matallah Saleck: activistas del movimiento mauritano contra la esclavitud, quienes fueron detenidos el 29 de junio de 2016 en Nouakchott, la capital mauritana, tras una protesta contra una serie de desalojos forzosos en los que no habían participado.

El 23 de noviembre de 2016 los dos activistas fueron condenados a tres años de prisión, y fueron trasladados a una prisión a 1200 km de la capital, donde se albergan los condenados a muerte y donde no se permiten visitas de abogados ni familiares.

Durante su juicio, la fiscalía no presentó ni una sola prueba sobre sus presuntos delitos. Así, tras la presión internacional, fueron puestos en libertad tras 743 días de encarcelamiento y numerosos llamamientos de Amnistía Internacional en su favor, quienes durante el transcurso de su detención llevan dos años bajo custodia y tortura. (Jesús Martínez) [La Mar de Onuba]

Gobierno reprime a defensores que denuncian discriminación y esclavitud: Amnistía Internacional

21 marzo 2018.- Según un informe de Amnistía Internacional, los defensores y defensoras de los derechos humanos mauritanos están expuestos a sufrir detención arbitraria, tortura, reclusión en prisiones remotas y la prohibición sistemática de sus reuniones. Esta intimidación, concluye, viene de los niveles más altos del Estado.

El informe detalla las tácticas empleadas por las autoridades mauritanas para silenciar a las personas defensoras de los derechos humanos y activistas, como la prohibición de manifestaciones pacíficas, el uso de fuerza excesiva contra manifestantes, la ilegalización de grupos de activistas y la injerencia en las actividades de estos.

Acorde al informe, se llevan a cabo despiadadas campañas de desprestigio, agresiones y amenazas de muerte con total impunidad contra personas que defienden los derechos humanos, etiquetadas a menudo de traidores, delincuentes, agentes extranjeros, racistas, apóstatas o políticos. (Jesús Martínez) [Amnistía Internacional]

Mozambique

Naciones Unidas revisa informe sobre derechos laborales de migrantes.

4 septiembre 2018.- El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y los Miembros de sus Familias de las Naciones Unidos presentó su consideración sobre el informe inicial de Mozambique sobre la implementación de las disposiciones de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios.

En sus observaciones, Abdelhamid El Jamri, experto en Comités y Relator de País para Mozambique, agradeció al Estado sus esfuerzos por garantizar los derechos de los trabajadores migrantes extranjeros y sus familias en Mozambique, y a los trabajadores migratorios de Mozambique en el extranjero. Sin embargo, pidió a la delegación que aclarara la deportación administrativa de los migrantes y el procedimiento de apelación a su disposición.

Por su parte, el Presidente de la Comisión, Ahmadou Tall, expresó su agradecimiento a la delegación por las respuestas proporcionadas a la Comisión, y espera que Mozambique pueda superar los desafíos para el bien y la felicidad de sus trabajadores y trabajadoras migrantes. (Jesús Martínez) [Naciones Unidas]

Lesoto

Gobierno lanza medidas para combatir Vih.

9 mayo 2018.- El Viceprimer Ministro de Lesotho, Monyane Moleleki, lanzó una herramienta para rastrear el progreso e identificar las brechas en la programación de salud y Vih. La llamada "sala de situaciones de salud y Vih" muestra datos de entrega de servicios en tiempo real, lo que produce un panorama y una comprensión completos de la epidemia de Vih.

La sala de situaciones tiene como objetivo acelerar y agilizar las comunicaciones entre los responsables de la formulación de políticas y los implementadores para ayudar a Lesotho a mantenerse en el camino para alcanzar sus objetivos nacionales de salud y Vih. (Jesús Martínez) [Naciones Unidas]

Liberia

Prohíben la mutilación genital femenina por un año.

25 enero 2018.- Ha entrado en vigor la prohibición de la práctica que mutila los genitales femeninos después de que la presidenta, Ellen Johnson Sirleaf firmó una orden ejecutiva (con duración de un año) antes de dejar su cargo para dar paso al nuevo presidente George Weah.

La prohibición indica que es delito mutilar a mujeres menores de 18 años, pero se puede llevar a cabo con mujeres mayores de esa edad que den su consentimiento.

Miembros de la Ong Equality Now y ActionAid expresaron que esta medida debe ser permanente y no debe permitir ninguna excepción, ya que consideran que existen mujeres que bajo coacción aceptaron someterse a estas prácticas. (Santiago Sánchez) [Europa Press]

República Centroafricana

Crean nuevo tribunal para crímenes de guerra.

30 mayo 2018.- Debido al alto nivel de violencia y al gran número de personas asesinadas que ha sufrido la República Centroafricana desde el año 2003, se ha aprobado una nueva ley para crear un tribunal especial con la finalidad de investigar los crímenes de guerra que se han cometido por los conflictos religiosos y étnicos del país.

El nuevo tribunal estará compuesto por jueces internacionales y centroafricanos. Ernest Mezedio, diputado centroafricano, afirmó que "con esta ley, nosotros podremos contar con un sistema de justicia que ponga fin a los conflictos, los asesinatos y las masacres". La creación de la corte, según algunos, es la solución para poner fin a la impunidad que se ha vivido en el país en los últimos años. (Sergio Udave) [Reuters]

República Democrática del Congo

Otorgan premio Nobel de la Paz a médico congoleño.

5 octubre 2018.- Denis Mukwege fue galardonado con el premio Nobel de la Paz por "sus esfuerzos para poner fin al uso de la violencia sexual como arma de guerra". Junto con él fue también galardonada la yazidí Nadia Murad.

"Denis Mukwege y Nadia Murad arriesgaron ambos personalmente su vida luchando valientemente contra los crímenes de guerra y pidiendo justicia para las víctimas", indicó la presidenta del Comité del Nobel, Berit Reiss-Andersen.

El doctor Denis Mukwege es ginecólogo y ha apoyado a víctimas de violencia sexual, incluida la violación en su país natal durante años. Ha sido víctima de un atentado contra su vida e incluso han amenazado a su familia por la labor que realiza. No obstante, lo anterior su compromiso por ayudar a las mujeres y niñas quienes son las principales víctimas de la violencia sexual en los conflictos armados no ha hecho más que fortalecerse. (Víctor Vera) [Amnistía Internacional]

Sudán

Acnur premia al cirujano que salva las vidas de los refugiados.

1 octubre 2018.- El cirujano proveniente de Sudán, Evan Atar Adaha, recibió el premio Nansen para los Refugiados 2018 en reconocimiento a su arduo trabajo y gran trayectoria de 20 años apoyando a las personas que huyen de los conflictos en Sudan y Sudan del sur. El galardón lo otorga anualmente la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur).

El doctor dirige el único hospital del Estado, encontrado en el noreste del país africano y a más de 600 km de la capital del país. El centro sanitario consulta 144,000 refugiados y a los 53,000 del condado. Su equipo realiza una media de 58 operaciones semanales con graves limitaciones de suministro y equipo médico. (Miguel morales) [Naciones Unidas]

Túnez

Alto número de detenciones tras manifestaciones preocupa a la Onu.

12 enero 2018.- El alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos expresó preocupación por el gran número de detenciones a raíz de las manifestaciones a principio de año en Túnez, pues fueron detenidas aproximadamente 778 personas, entre ellos menores de edad.

El comisionado solicitó a las autoridades la no detención arbitraria a los manifestantes, que se respeten sus derechos procesales y que no se violente el derecho a la libertad de expresión y reunión pacífica. Aunado a esto, Colville solicitó "moderación y calma" a los manifestantes tras los actos de saqueo, vandalismo y violencia ocurridos en las protestas contra el gobierno de ese país. (Miguel Morales) [Naciones Unidas]

Australia

Gobierno inicia investigación sobre abusos en centros de atención.

19 septiembre 2018.- El Primer Ministro australiano, Scott Morrison, anunció una Comisión Real para investigar la industria responsable de brindar apoyo y servicios de salud a las personas mayores. Las experiencias de las personas mayores deberían ayudar a dar forma a los términos de referencia de la comisión.

Noticias al respecto han expuesto serias preocupaciones en los centros de atención para personas mayore,s incluida la falta de consentimiento informado para el uso de medicamentos antipsicóticos. Por ejemplo, un especialista en geriatría afirma que el 80 por ciento de las personas con demencia en los centros de enfermería de Australia reciben estos medicamentos. (Jesús Martínez) [Human Rights Watch]

Se celebran primeros matrimonios igualitarios.

9 enero 2018.- Los atletas Craig Burns y Luke Sullivan se convirtieron en la primera pareja homosexual en hacer efectiva la ley aprobada el 7 de diciembre de 2017 por el Parlamento australiano (modificando un texto legal que databa de 1961) que permitió los matrimonios entre personas del mismo sexo. "La igualdad para casarnos es un gran paso hacia adelante para Australia", dijo Sullivan a la cadena Abc.

De acuerdo con la agencia Reuters, fueron decenas las parejas que contrajeron matrimonio a lo largo del país, que se convirtió en el Estado número 26 en legalizar las uniones homosexuales. Por otro lado, diversos grupos religiosos y legisladores conservadores manifestaron, sin éxito, su oposición a la nueva ley. (Jesús Martínez) [América Tv]

Islas Salomón

Policía de Islas Salomón detiene a activistas de Papúa Occidental.

9 julio 2018.- La policía de las Islas Salomón declaró haber deternido a varios manifestantes por ondear una bandera de Papúa Occidental en el Festival de las Artes de Melanesia, con la finalidad de detener cualquier provocación dirigida contra la delegación indonesia. Uno de los detenidos, Ben Didiomea, declaró que la policía tomó su bandera después de que la colocara frente al puesto del festival de Indonesia para protestar por su inclusión en el evento.

Un video en Facebook muestra a Didiomea, que formaba parte de un grupo de manifestantes, sosteniendo la bandera de la Estrella de la Mañana de Papúa Occidental mientras las autoridades indonesias intentaban apartarlo del puesto. La policía de las Islas Salomón se acercó a él y le confiscó la bandera.

Didiomea dijo que se había solidarizado con sus compatriotas melanesios de la región indonesia de Papúa, donde está prohibido la bandera confiscada, conocida como Morning Star. (Francisco Reyes) [Rnz]

Nueva Zelanda

Aprueban ley para víctimas de violencia de género.

27 julio 2018.- Nueva Zelanda ha aprobado una ley destinada a proteger a las víctimas de violencia de género, convirtiéndose así en uno de los pocos países que otorgan días libres en el trabajo a los supervivientes. El país cuenta con uno de los peores registros de violencia de género dentro de los países desarrollados.

La ley señala que las empresas deberán otorgar 10 días libres a sus trabajadores que hayan sido víctimas de algún tipo de violencia de género, con el fin de darles tiempo de escapar de situaciones difíciles, mudarse de casa, acudir a audiencias judiciales o realizar cualquier actividad en beneficio de sí mismas. (Édgar Sánchez) [Público]

Tribunal de apelaciones autoriza extradición de fundador de *Megaupload*.

5 julio 2018.- El Tribunal de Apelaciones de Nueva Zelanda autorizó la extradición de Kim Dotcom y tres de sus socios del portal Megaupload, ya clausurado, a Estados Unidos para que sean procesados por presuntas violaciones de los derechos de autor.

Dotcom y sus socios Matthias Ortmann, Bram van der Kolk y Finn Batato están acusados de 13 delitos, incluidos crimen organizado, lavado de dinero y fraude electrónico en Estados Unidos. Los acusados apelaron un fallo emitido en febrero de 2017 por el Tribunal Superior de Nueva Zelanda a favor de su extradición, el cual confirmaba otro otro igual emitido por el Tribunal de North Shore en diciembre de 2015.

El empresario alemán Dotcom fue detenido en 2012 por el FBI a las afueras de Auckland, Nueva Zelanda, durante una operación en la que clausuraron Megaupload, detuvieron a sus responsables, congelaron sus cuentas y confiscaron sus bienes. (Francisco Reyes) [20 Minutos]

Papúa Nueva Guinea

Australia debe enfrentar crisis de refugiados: Amnistía Internacional.

6 septiembre 2018.- Al término del Foro de las Islas del Pacífico, Amnistía Internacional señaló que la crisis de refugiados encontrados en las islas de Nauru y Manus en Papúa Nueva Guinea debe ser abordada por Australia.

Amnistía Internacional reconoció con consternación que los líderes de Oceanía no han abordado la cruel y abusiva política australiana sobre refugiados, y que si Australia no está dispuesta a ayudar a dichas personas tampoco debe interponerse en el camino de quienes sí quieren ayudar, como es el caso de Nueva Zelanda, país que reafirmó su oferta mantenida con anterioridad de aceptar 150 personas refugiadas en las islas de Nauru y Manus al año.

En 2013 Australia promulgó una política en la que toda persona que llegara al país por mar se le prohibirá tanto la entrada al territorio continental como pedir asilo político en el país. Las personas que intenten hacerlo serán trasladadas a las islas de Manus, en Papúa Nueva Guinea, o a Nauru, y ni siquiera a las que fueran reconocidas como refugiados se les permitiría establecerse en Australia; lo que ha sucedido desde aquel año y por el cual existe tal crisis de refugiados en la región. (Víctor Vera) [Amnistía Internacional]

Vanuatu

Vanuatu demandará a las empresas de combustibles fósiles por el cambio climático.

26 noviembre 2018.- Las autoridades de la isla de Vanuatu, en el Pacífico Sur, dijeron que están considerando demandar a las compañías de combustibles fósiles y a las naciones que apoyan a la industria por su papel en el cambio climático, que representa una amenaza existencial para las naciones de baja altitud.

El ministro de Relaciones Exteriores de Vanuatu anunció la semana pasada el posible juicio en una cumbre de los países más amenazados por los impactos climáticos, llamada el Foro Vulnerable al Clima. Ralph Regenvanu dijo que su país está desesperado por recibir ayuda financiera para sobrevivir a la subida del nivel del mar y a las condiciones climáticas extremas y que está "poniendo en guardia a la industria de los combustibles fósiles y a los estados que la patrocinan".

"Mi gobierno está ahora explorando todas las vías para utilizar el sistema judicial en varias jurisdicciones -incluyendo bajo el derecho internacional- para transferir los costos de la protección del clima de vuelta a las compañías de combustibles fósiles, las instituciones financieras y los gobiernos que activa y conscientemente crearon esta amenaza existencial para Vanuatu", dijo Regenvanu en una declaración. (Francisco Reyes) [Climate Liability News]

AUTORES COLABORADORES

ARTÍCULOS DOCTRINALES

Andrés Marcelo Díaz Fernández
Fundar, Centro de Análisis e Investigación

Joaquín A. Mejía Rivera
Investigador de derechos humanos en Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación de Jesús en Honduras

Luis Fernando Vélez Gutiérrez
Universidad Sergio Arboleda, Bogotá D.C., Colombia.

Irma Gámez Garza
Universidad Autónoma de Nuevo León
Auxiliar de Orientación adscrita a la Primera Visitaduría General de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León.

Daniel Iglesias Márquez
Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona
Universidad Rovira i Virgili

Francisco Javier Ansuátegui Roig
Universidad Carlos III de Madrid

Alessio Mirra
Casa del Migrante de Saltillo

Elena Sorda
University of Siena

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES:

Óscar Flores Torres
Investigador del Cedesca

Diego Saúl García López
Auxiliar de investigación del Cedesca

Diana Vanessa Gutiérrez Espinoza
Auxiliar de investigación del Cedesca

Myrna Berenice Hinojosa García
Investigadora del Cedesca

Magda Yadira Robles Garza
Directora del Cedesca

Fernando Gustavo Ruz Dueñas
Auxiliar de investigación del Cedesca

Lillian Sánchez Calderoni
Auxiliar de investigación del Cedesca

NOTAS LEGISLATIVAS Y JUDICIALES:

Paloma Lugo Saucedo
Investigadora del Cedecomp

Jesús Manuel Martínez Torres
Investigador del Cedepol

Juan Francisco Reyes
Investigador del Cedecomp

Víctor Manuel Vera García
Auxiliar de investigación del Cedecomp

Carlos Zamora Valadez
Investigador del Ceju

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS:

Magda Yadira Robles Garza
Directora del Cedesca

Fernando Gustavo Ruz Dueñas
Auxiliar de investigación del Cedesca

MONITOR DE DERECHOS HUMANOS EN EL MUNDO:

Irene Spigno
Dirección

Juan Francisco Reyes
Coordinación

Jesús Manuel Martínez Torres
Investigador de Cedepol

Wendy Yadira Mata Valdez
Becaria del Cedecomp

Édgar Sánchez Hernández
Becario de Cedecomp

Miguel A. Morales de la Rosa
Becario del Cedesca

Santiago D. Sánchez Juárez
Becario del Cedecomp

José Daniel Olvera López
Becario del Cedecomp

Sergio Udave García
Becario del Cedecomp

Felipe Rodríguez Flores
Becario del Ceju

Victor Manuel Vera García
Auxiliar del Cedecomp

CALL FOR PAPERS VOL. II

Número especial de Artes y Derechos

Artículos, reseñas de obras publicadas, monografías y ensayos inéditos
Temas sugeridos para las colaboraciones:
I. Características compartidas entre el arte y los derechos humanos
II. Aportaciones del arte a los derechos humanos
III. Aportaciones de los derechos humanos al arte
IV. Características divergentes entre el arte y los derechos humanos

Recepción hasta el día 31 de enero 2019
Revísa la convocatoria completa en la página:
revista.akademia@academiaidh.org.mx