

REVISTA

IIDH

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

68



Julio - Diciembre 2018



REAL EMBAJADA DE NORUEGA

REVISTA
IIDH

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

© 2018 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

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

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

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

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

Corrección de estilo: José Benjamín Cuéllar M.

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca Salom

Impresión litográfica: Litografía Versalles

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

Se solicita atender a las normas siguientes:

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

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

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

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

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica

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

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

www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación	7
<i>José Thompson J.</i>	
Dos instrumentos históricos que mostraron el camino	11
<i>José Antonio Musso</i>	
Os 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: um olhar especial sobre o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu órgão de supervisão	39
<i>Renato Zerbini Ribeiro Leão</i>	
La Declaración Universal de Derechos Humanos y la naturaleza evolutiva y multifacética de los derechos humanos	65
<i>Mireya Maritza Peña Guzmán</i>	
El derecho internacional frente a la violencia de género .	91
<i>Mayren Vargas Araya</i>	
Buscando refugio. Análisis comparativo y evolutivo del derecho a buscar y recibir asilo en el sistema universal y regional de protección de los derechos humanos, de cara a la adopción del Pacto Global de Refugiados	115
<i>Valeria V. Llamas</i> <i>Sabrina P. Vecchioni</i>	
Expressão e democracia no Sistema Interamericano de Direitos Humanos	145
<i>André Almeida Gonçalves</i> <i>Mariana Ferreira Silva</i>	

Sistema Interamericano de Derechos Humanos e Leis de Identidade de Gênero	171
<i>Sophia Pires Bastos</i>	
El juez del Estado constitucional de derecho y el sistema interamericano de derechos humanos	201
<i>Bernardo José Toro Vera</i>	
Derechos humanos: Una materia a ser interpretada	227
<i>Joaquín Pablo Reca</i>	
¿La culpa la tienen los derechos humanos? Reflexiones a propósito del 70 Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre	243
<i>Lautaro Ezequiel Pittier</i>	

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 68 de su Revista IIDH, cuyo tema central es la conmemoración del 70º aniversario de las declaraciones de derechos humanos universal y americana. En sus contenidos, que se reseñan a continuación, se destaca la importancia de ambos instrumentos; son estas las primeras piedras del vasto edificio que constituye, hoy día, el derecho internacional de los derechos humanos y sus desarrollos.

La lectura de *Dos instrumentos históricos que mostraron el camino*, José Antonio Musso, de Argentina, nos posibilita conocer el contexto en el que surgieron las citadas declaraciones, del que se recuperan las incidencias más interesantes del debate previo a su aprobación en el mundo polarizado de la posguerra, además de hacer un detallado análisis de los contenidos de ambos instrumentos, su valor y sus efectos en la configuración del derecho internacional en esta área y la institucionalidad correspondiente.

Renato Zerbini Ribeiro Leão, brasileño, en su aporte titulado *Os 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: um olhar especial sobre o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu órgão de supervisão* –tras hacer alusión a la importancia de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante la DUDH) y a los desarrollos jurídicos e institucionales posteriores– describe ampliamente la labor del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas junto a los procedimientos adoptados para la aplicación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como los casos

resueltos; finaliza con una revisión de la naturaleza y los alcances de las medidas provisionales, cuya adopción es una facultad de los órganos de derechos humanos ante situaciones de emergencia.

En *La Declaración Universal y la naturaleza evolutiva y multifacética de los derechos humanos*, la colombiana Mireya Maritza Peña Guzmán contextualiza la conformación del derecho internacional de los derechos humanos en los ámbitos doctrinario y político, los fundamentos de los derechos colectivos recogidos en el articulado de la DUDH y el papel de los derechos en la época actual desde diversas perspectivas.

Mayren Vargas Araya, de Costa Rica, autora de *El derecho internacional frente a la violencia de género*, describe los avances en la protección internacional de los derechos humanos de las mujeres a partir de 1948 –con énfasis en su derecho a vivir sin violencia– en el marco de la obligación estatal de respetarlos y garantizarlos; también el papel de los órganos especializados de los sistemas universal e interamericano. En la parte final de su artículo nos ofrece un vistazo de la situación de violencia y discriminación que siguen afrontando las mujeres en la región, pese a los avances normativos e institucionales.

Por su parte, las argentinas Valeria V. Llamas y Sabrina P. Vecchioni –autoras de *Buscando refugio. Análisis comparativo y evolutivo del derecho a buscar y recibir asilo en el sistema universal y regional de protección de los derechos humanos de cara a la adopción del Pacto Global de Refugiados*– miran este derecho a la luz de los paradigmas contenidos en las declaraciones americana y universal en un contexto en el que, ante los valladares que obstaculizan su pleno respeto, se contrapone un nuevo acuerdo integral que protegería los derechos de las personas refugiadas y migrantes en su calidad de “titulares de derechos”.

André Almeida Gonçalves y Mariana Ferreira Silva, de Brasil, en *Expressão e democracia no sistema interamericano de direitos humanos* establecen el propósito de la garantía de la libertad de expresión, sus límites, el alcance del Estado en su regulación y su relación con la democracia; repasan, además, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) en varios casos; finalmente, plasman sus consideraciones acerca de lo establecido por dicho tribunal interamericano en contraste con lo que se concibe teóricamente sobre la temática en cuestión.

En *Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e leis de identidade de gênero*, la también brasileña Sophia Pires Bastos argumenta sobre la necesidad de que los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconozcan las identidades de género, para combatir la discriminación contra las personas diversas sexualmente. Así, delinea los parámetros relativos al control de convencionalidad en la elaboración legislativa; además, revisa los avances en este campo en algunos países de la región –enfaticando en Brasil– y los contrasta con lo dictado por el sistema interamericano.

El chileno Bernardo José Toro Vera –autor de *El juez del Estado constitucional de derecho y el sistema interamericano de derechos humanos*– aborda la interrelación entre el derecho internacional e interno, el papel de la judicatura como principal responsable del control de convencionalidad en el Estado constitucional de derecho y la reforma constitucional mexicana de 2011. Asimismo, presenta el origen y la evolución del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH y varias resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de ese país norteamericano, en el contexto del surgimiento del *ius constitutionale commune* en la región, que coloca en el centro a la persona y sus derechos.

En *Derechos humanos: una materia a ser interpretada*, Joaquín Pablo Reza, de Argentina establece el carácter operativo o programático de las normas y su implementación por parte de la institucionalidad; asimismo, discute a quién le corresponde la titularidad de los derechos haciendo referencia a la Opinión Consultiva OC-22/16 de la Corte IDH, relacionada con las personas jurídicas.

Con *¿La culpa la tienen los derechos humanos?... Reflexiones a propósito del 70 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, Lautaro Ezequiel Pittier de Argentina hace una contribución al debate acerca de la responsabilización sesgada que se formula sobre estos en relación con la criminalidad. Para ello, trae a cuenta importantes asuntos como el principio de igualdad, la universalidad de los derechos, la discusión acerca de la inefectividad de la pena de muerte, el propio concepto de derechos humanos y el debido proceso.

Finalizo esta presentación agradeciéndoles a las autoras y autores por los artículos plasmados en esta nueva edición de la Revista IIDH, los que indudablemente constituyen una valiosa contribución al debate y la búsqueda de soluciones a asuntos de gran actualidad y relevancia en el campo de los derechos humanos.humanos.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH

Dos instrumentos históricos que mostraron el camino

*José Antonio Musso**

Introducción

Una nació en Bogotá, la otra en París. Una nació con impronta americana, la otra con vocación universal. Una lleva un título que no refleja la igualdad de género, la otra ostenta un título más apropiado en relación con los derechos que enuncia.

Si bien su Carta contiene disposiciones en materia de derechos humanos y libertades fundamentales estableciendo, *inter alia*, que uno de los propósitos de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante la ONU o las Naciones Unidas) es realizar la cooperación internacional en el desarrollo y el estímulo del respeto de esos derechos y libertades sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, fueron primero la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante la Declaración Americana o la Declaración de Bogotá) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante la DUDH o la Declaración Universal) –unos meses después– los instrumentos que sentaron las bases para el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos (en adelante el DIDH).

* Profesor titular de Derecho Internacional Público y de Derechos Humanos en la Universidad Católica de Santiago del Estero, Argentina; miembro de la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En 1948 la comunidad internacional transitaba nuevos desafíos tras la creación, tres años antes, de la ONU. En el preámbulo de la Carta de esta toman la palabra los pueblos, que se muestran resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra y a reafirmar su fe en los derechos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana así como en la igualdad de derechos de hombres y mujeres. Esto no solo era alentador como punto de partida, sino que anticipaba que pronto podían llegar cambios que el mundo necesitaba.

Aquel año comenzó mal, con el asesinato de Mahatma Gandhi el 30 de enero, y terminó de manera auspiciosa con una clara manifestación de voluntad de la Asamblea General de las Naciones Unidas de cumplir el mandato de ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas, sin distinción alguna, que le otorga su Carta¹. Tal manifestación se tradujo en la proclamación de la Declaración Universal, pero nuestra región fue la primera en contar con un instrumento internacional de derechos humanos de carácter general.

I. La Declaración Americana

Fue aprobada el 2 de mayo de 1948 en la IX Conferencia Internacional Americana, en la cual se contempló que la consagración americana de los derechos esenciales del ser humano –unida a las garantías ofrecidas por el régimen normativo interno de los Estados– representaba “el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida

1 Artículo 13.1.b) de la Carta de las Naciones Unidas.

que esas circunstancias vayan siendo más propicias”. Quedaba así establecido que el instrumento aprobado era solo el primer paso y que el marco protector resultante debía ser mejorado, en función de las futuras circunstancias sociales y jurídicas.

Otro considerando de la Declaración Americana señala que los derechos esenciales del ser humano “no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”².

El preámbulo de la misma comienza afirmando que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, dotadas por naturaleza de razón y conciencia. Por consiguiente, deben conducirse de manera fraternal al relacionarse entre sí.

Los cinco párrafos preambulares que siguen se enfocan en los deberes de cada persona señalando, entre otras cosas, que “el cumplimiento de los deberes de cada uno es exigencia del derecho de todos” y que “los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan”. De esta manera, el instrumento muestra preocupación –desde el principio– por establecer un punto de equilibrio entre derechos y deberes, asignando a estos últimos un peso específico propio tan importante como el de los derechos, según se constata al observar que –además del amplio espacio que los deberes ocupan en el preámbulo– todo un capítulo consagra deberes en particular.

El primer capítulo de la Declaración Americana contiene el catálogo de derechos. En los primeros cuatro artículos se enuncian derechos y libertades, en un juego armónico que refleja las necesidades de la vida cotidiana. Tenemos derecho a vivir, a

2 Considerando segundo de la Resolución XXX de la IX Conferencia Internacional Americana, mediante la cual se adoptó la Declaración Americana.

ser libres y sentirnos seguros, a no ser discriminados, a opinar y expresarnos libremente así como a difundir nuestro pensamiento por cualquier medio. Entre esos derechos y esas libertades se sitúan el derecho de profesar libremente una creencia religiosa, que va acompañado del derecho a manifestarla y practicarla en público y en privado; también el derecho a la protección legal de la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar.

El artículo VI permite una comparación con la DUDH. En el instrumento regional se consagra el derecho de toda persona a constituir familia y a recibir protección para esta, mientras que en el otro instrumento se enuncia el derecho a casarse y fundar una familia (artículo 16.1). La fórmula empleada en el texto aprobado en Bogotá es, en principio, más amplia porque de sus términos se desprende que la constitución de la familia es independiente del matrimonio.

Una sola vez la Declaración de Bogotá llama a la mujer como tal. Lo hace en el artículo VII, cuando dispone que toda mujer en estado de gravidez y todo niño –o niña– tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.

Luego de reconocer nuevamente derechos civiles³, el texto intercala un conjunto de derechos económicos, sociales y culturales, “dando una sensación instrumental de interdependencia e indivisibilidad”⁴. Aparecen en este tramo el derecho a la salud y al bienestar; el derecho a la educación; los derechos a participar en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a disfrutar

3 Derecho de residencia y tránsito (artículo VIII), derecho a la inviolabilidad del domicilio (artículo IX) y derecho a la inviolabilidad y circulación de la correspondencia (artículo X).

4 Salvioli, Fabián. “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista IIDH*, N° 39, enero-junio 2004, p. 106.

de los beneficios resultantes de los progresos intelectuales y los descubrimientos científicos, así como los derechos a la protección de la propiedad intelectual al trabajo y a una justa retribución, al descanso y a la seguridad social.

En el marco del derecho al descanso, se incluye el derecho de toda persona “a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico” (artículo XV). En realidad, se trata de un derecho-deber ya que el preámbulo remarca que es deber de toda persona “servir al espíritu [...], porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría”; también “ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura”, que es la “máxima expresión social e histórica del espíritu”. Y como la moral y las buenas maneras “constituyen la floración más noble de la cultura” y existe el deber de acatarlas siempre, según el último párrafo del preámbulo de la Declaración Americana, el lógico correlato de ello es el derecho a una honesta recreación, reconocido también en aquel artículo.

Además, el derecho a aprovechar el descanso en beneficio del mejoramiento físico puede verse como comprensivo del derecho al deporte y a la actividad física, necesario complemento del derecho a la salud y al bienestar.

El artículo XII prevé que la educación “debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas”⁵; y agrega que el derecho a la educación comprende el de igualdad de oportunidades. Peca por no incluir los derechos humanos como contenido de la educación; pero si mediante la educación ha de capacitarse a toda persona “para lograr una digna subsistencia,

5 La Carta de la Organización de Estados Americanos dispone que “la educación de los pueblos debe orientarse hacia la justicia, la libertad y la paz” (artículo 3.n).

en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad”, una educación basada en los derechos humanos es imprescindible.

Más allá de eso, es valioso que la Declaración de Bogotá introduzca como principio orientador en el sistema educativo el de la solidaridad. En esto se diferencia de la Declaración Universal, que no contiene ninguna referencia expresa a la solidaridad humana, aunque el deber de comportamiento fraternal que postula no es ajeno a la misma.

A partir del artículo XVII y hasta el artículo XXVII, la Declaración Americana completa su listado de derechos civiles e incorpora derechos políticos. “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos”; así se proclama el derecho de justicia en el artículo XVIII y esos términos plantean la necesidad de remover cualquier obstáculo para allanar el acceso a la justicia.

Del derecho de reunión pacífica, en manifestación pública o en asamblea transitoria, deriva el derecho a la manifestación pacífica como forma de participación social y ejercicio del derecho de reunión y de la libertad de expresión. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH o la Comisión Interamericana) ha puntualizado que “la participación en manifestaciones, como ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de reunión, reviste un interés social imperativo y forma parte del buen funcionamiento del sistema democrático inclusivo de todos los sectores de la sociedad”⁶. En consecuencia, “el Estado no solo debe abstenerse de interferir con el ejercicio del derecho a la manifestación pacífica, sino que debe adoptar medidas para asegurar su ejercicio efectivo”⁷.

6 CIDH. *Informe sobre Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, 2009, párr. 118.

7 *Ibíd.*

Sorprende cómo está enunciado el derecho a la propiedad, porque el artículo XXIII habla de la propiedad privada “correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”. De ello resulta que la propiedad privada como derecho humano, no se extiende más allá de tales necesidades. En otras palabras, no se trata del derecho a acumular riqueza.

El siguiente derecho reconocido es el de petición, a cualquier autoridad competente, que comprende el de obtener pronta resolución. Es el derecho “diferente” de la Declaración de Bogotá, ya que no figura en otros instrumentos.

El derecho a la protección contra la detención arbitraria, incluye el derecho a un tratamiento humano durante la privación de la libertad. Aquí la Declaración Americana solo da un primer paso estableciendo un principio general, pero la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la CADH o la Convención Americana) se ha encargado de precisar –en el marco del derecho a la integridad personal⁸– que toda persona privada de libertad debe ser “tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”; también de sentar otros principios en relación con dichas personas.

Como derecho a un proceso regular, presenta el texto algunas de las garantías del debido proceso y el listado de derechos cierra con el derecho de asilo: buscar y recibir asilo en territorio extranjero, de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales. Así están planteadas las cosas.

A propósito de la cuestión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) ya ha establecido –en su Opinión Consultiva OC-21/14– que los propios textos de

8 Artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

los artículos XXVII de la Declaración Americana y 22.7 de la CADH prescriben “dos criterios para la determinación de las personas titulares del derecho, por un lado, ‘la legislación de cada país’, esto es, del país en el que se procure el asilo; y por el otro, ‘los convenios internacionales’”⁹. Por lo tanto, “es a través de los convenios internacionales o de la legislación interna que se regulan los supuestos en los cuales la persona puede ejercer el derecho a buscar y recibir asilo y acceder a la protección internacional”¹⁰; asimismo, el tribunal regional ha interpretado que “la prescripción de ambos criterios no debe cumplirse conjuntamente, ya que existen casos en los cuales, a pesar de que un Estado no ha ratificado un tratado internacional en particular, como podría ser la Convención de 1951, su Protocolo de 1967 o algunas de las convenciones latinoamericanas, sí ha adoptado normativa interna con el fin de garantizar el derecho de asilo, o por el contrario, habiendo ratificado tales convenciones no ha adoptado legislación interna al respecto”¹¹.

De acuerdo con los trabajos preparatorios de la Declaración de Bogotá, la Corte IDH nota que el propósito de los Estados –al incluir referencias a la legislación interna y a los convenios internacionales– “fue derivar la regulación del asilo que podían buscar y recibir las personas” en esa legislación o en tales convenios. Hay que recordar que en el momento de su adopción una de las preocupaciones consistió en el incremento exponencial

9 Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, párr. 74.

10 *Ibíd.*

11 Corte IDH. *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-25/18, de 30 de mayo de 2018, párr. 138.

del flujo de personas en busca de asilo, a causa de los horrores de la Segunda Guerra Mundial, y la intención de darles protección. “Esta preocupación, y la necesidad de su regulación, contribuyó a la adopción de dicha referencia normativa, la cual tuvo como objetivo recurrir de forma convergente y complementaria a la normativa interna o a la normativa internacional”¹².

Además, la Corte IDH confirma –a través de los trabajos preparatorios de la Declaración Americana– que la voluntad de los Estados al redactarla fue la de excluir el asilo diplomático como modalidad protegida bajo dichas normas internacionales; asimismo considera “que la expresa intención de no incluir al asilo diplomático dentro del sistema interamericano pudo deberse a la voluntad [...] de concebir el asilo diplomático como un derecho del Estado, o en otros términos como una prerrogativa estatal, y así conservar la potestad discrecional para su otorgamiento o denegación en situaciones concretas”¹³.

La Corte IDH es de opinión que el derecho a buscar y recibir asilo se encuentra configurado –en el marco del sistema interamericano– “como un derecho humano a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero, incluyendo con esta expresión el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales, y el asilo territorial conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia”¹⁴. A su vez, el asilo diplomático no se encuentra protegido bajo el artículo 22.7 de la Convención Americana o el artículo XXVII de la Declaración Americana, “por lo que debe regirse por las propias

12 *Ibíd.*, párr. 139.

13 *Ibíd.*, párrs. 153 y 154.

14 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-25/18, punto 2.

convenciones de carácter interestatal que lo regulan y lo dispuesto en las legislaciones internas”¹⁵.

Según el artículo XVIII de la Declaración de Bogotá, los derechos de cada hombre y cada mujer “están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos, por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”. Este último se relaciona con la noción de sociedad democrática, que supone una sociedad evolucionando hacia mayores niveles de inclusión y participación¹⁶.

Y la expresión “seguridad de todos”, que no solo figura en el artículo XXVIII de la Declaración Americana sino también en el artículo 32.2 de la Convención Americana, tiene un significado especial, visto el asunto en retrospectiva. Porque a la luz de la interpretación evolutiva aplicable en el DIDH remite al concepto de seguridad humana, el cual se ha consolidado tras el debate temático que tuvo lugar en la Asamblea General¹⁷.

Diez deberes son enumerados en el articulado del capítulo segundo del documento regional; entre estos se encuentran los deberes ante la sociedad, el deber del sufragio y el deber del trabajo¹⁸. El deber de cada persona de convivir con las demás es la base de la democracia como sistema de vida y hace a la

15 *Ibíd.*, punto 3.

16 También debe entenderse relacionada con la promoción de la cultura democrática. La Carta Democrática Interamericana, aprobada en 2001, se refiere a ello en sus artículos 26 a 28.

17 El debate temático para definir el concepto de seguridad humana se llevó a cabo a partir de 2008 en la Asamblea General de la ONU para cumplir lo previsto en el párrafo 143 del Documento Final de la Cumbre Mundial 2005.

18 También se consagran los siguientes deberes: para con los hijos y los padres, de instrucción, de obediencia a la ley, de servir a la comunidad y a la nación, de asistencia y seguridad sociales, de pagar impuestos y de abstenerse de realizar actividades políticas en el extranjero.

construcción de una sociedad pluralista y democrática. El deber de votar en las elecciones populares del país de la nacionalidad de cada persona es correlativo del derecho al sufragio, lo mismo que el deber de trabajar –dentro de la capacidad y posibilidades de cada persona– respecto del derecho al trabajo en condiciones dignas. Así que la categoría derecho-deber encuentra nuevas expresiones.

En cambio, el deber de asistir, alimentar y amparar a los hijos y –en su caso– a los padres no guarda conexión con algún derecho reconocido antes de manera autónoma pues la alimentación, por ejemplo, forma parte del derecho a la salud.

II. Valor de la Declaración Americana

Si la protección internacional de los derechos humanos debía “ser guía principalísima del derecho americano en evolución”¹⁹, la Declaración Americana se convirtió –*ab initio*– en texto de referencia en la materia, aunque desprovisto de fuerza obligatoria. La situación ha cambiado desde entonces y hoy no quedan dudas de su fuerza normativa.

En 1959 se creó la CIDH, cuyo Estatuto original decía que “para los fines” del mismo, “por derechos humanos se entienden los consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”. Una disposición similar del Estatuto hoy vigente²⁰, referida a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (en adelante la OEA) que no son parte en la CADH, demuestra que entre aquel momento y el actual la diferencia en lo concerniente a cuáles son los derechos por los que

19 Considerando tercero de la Resolución XXX...

20 Artículo 1.2.b) del Estatuto de la CIDH.

debe velar la CIDH, consiste en la incorporación de la Convención Americana al sistema regional.

En 1965, la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria –celebrada en Río de Janeiro– amplió las facultades de la CIDH autorizándola a examinar las comunicaciones que le sean enviadas y cualquier información disponible para dirigirse al Gobierno de cualquiera de los Estados americanos, con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y para formularles recomendaciones –cuando lo considere apropiado– en aras de hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales²¹.

Si los derechos cuya observancia debía hacer más efectiva la Comisión Interamericana no eran derechos que debían respetarse de manera obligatoria, por estar reconocidos solo en un instrumento no convencional, ¿qué sentido tenía dotar a la CIDH de aquellas facultades?

El artículo 29.d) de la CADH establece que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

A propósito de esta norma, en sus observaciones escritas relativas a la solicitud de opinión consultiva presentada por el Gobierno de Colombia, el Gobierno del Perú estimó “que si bien antes de entrar en vigencia la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración podía ser tenida como instrumento sin mayores consecuencias jurídicas, la Convención Americana al conferirle un carácter especial en virtud de su artículo 29 [...] se ha dado a la citada Declaración una jerarquía similar a la que tiene la propia Convención para los Estados Partes, contribuyendo

21 Resolución XXII de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria.

con ello a la promoción de los Derechos Humanos en nuestro Continente”²².

En el marco del mismo procedimiento, el Gobierno del Uruguay afirmó que “la naturaleza jurídica de la Declaración es la de un instrumento multilateral vinculante que enuncia, define y concreta principios fundamentales reconocidos por los Estados Americanos y que cristaliza normas de derecho consuetudinario generalmente aceptadas por dichos Estados”²³. En similares términos se pronunció Costa Rica, al expresar que “el desarrollo del derecho internacional para la protección de los derechos humanos ha transformado muchos de los derechos enunciados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en parte integrante de una costumbre internacional obligatoria”²⁴.

Al entrar al fondo de la cuestión planteada, la Corte Interamericana recordó que la CADH hace referencia a la Declaración de Bogotá en el párrafo tercero de su preámbulo y en el artículo 29.d), agregando que –en consecuencia– “al interpretar la Convención en uso de su competencia consultiva, puede ser necesario para la Corte interpretar la Declaración”. Asimismo, hizo hincapié en el “derecho americano en evolución”²⁵ afirmando que el mismo “ha evolucionado desde 1948 hasta hoy y la protección internacional, subsidiaria y complementaria de la nacional, se ha estructurado e integrado con nuevos instrumentos”; por ello es que “la Corte considera necesario precisar que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana

22 Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89, de 14 de julio de 1989, párr. 13.

23 *Ibíd.*, párr. 14.

24 *Ibíd.*, párr. 18.

25 Así llamado en el considerando tercero de la Resolución XXX...

como la cuestión del *status* jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración”²⁶.

El tribunal regional señaló, también, que la Asamblea General de la OEA ha reconocido reiteradamente que la Declaración de Bogotá es una fuente de obligaciones para los Estados miembros de dicha entidad.

“Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración”, concluyó la Corte IDH²⁷.

De modo que, para los Estados miembros de la OEA, la Declaración Americana “determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta”. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la CIDH definen su competencia respecto de los derechos humanos enunciados en aquella. “Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”²⁸.

26 Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana...*, párr. 37.

27 *Ibíd.*, párr. 43.

28 *Ibíd.*, párr. 44.

III. La Declaración Universal

Proclamada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la ONU “como ideal común”, no ha dejado de ser el centro de atención cada vez que los derechos humanos son motivo de análisis o debate en cualquier ámbito.

Su preámbulo comienza remarcando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca de la persona humana y de los derechos fundamentales, tanto del hombre como de la mujer; derechos que son iguales e inalienables. En otros párrafos, el preámbulo de la DUDH remite al de la Carta de la ONU y a disposiciones del capítulo de esta relativo a la cooperación internacional económica y social –se trata del capítulo IX– para concluir considerando que una concepción común de los derechos y libertades fundamentales del ser humano es sumamente importante para el pleno cumplimiento del compromiso asumido de promover el respeto universal y la efectividad de esos derechos y libertades.

El articulado inicia con una afirmación crucial y el enunciado de un deber: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; además, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente al entrar en relación. Es que “la humana es familia de miembros en calidad de pares, *rectius*: hermanos, cuyo lazo natural es la fraternidad”, apunta Gialdino²⁹.

Por lo demás, ese deber básico hace pensar que un modelo de convivencia basado en el respeto de la igual dignidad y de los iguales derechos de los seres humanos, requiere que cada titular de esos derechos asuma que su conducta tiene un valor

29 Gialdino, Rolando. *Derecho internacional de los derechos humanos: Principios, fuentes, interpretación y obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, p. 35.

instrumental para la concreción del modelo. Y dado que cada ser humano es un ser racional y moral, la fraternidad es también una actitud; una actitud de valoración de las demás personas y de disposición a compartir y tolerar.

La discusión del artículo 1 de la DUDH fue ardua. Mary Ann Glendon comenta que “algunos delegados dudaban de la conveniencia de iniciar una Declaración de derechos con un artículo que no contenía derechos” y recuerda que los representantes soviéticos tildaron ese artículo de “hipócrita, sin sentido o falso a todas luces”, afirmando que las relaciones entre los ricos y los pobres del mundo –así como otras relaciones– “no podían calificarse como relaciones de ‘fraternidad’” salvo que se aludiera “a una relación de fraternidad como la de Caín y Abel”³⁰.

Había quienes sugerían incluso que el contenido del primer artículo se pasara al preámbulo. Entonces intervino René Cassin, uno de los integrantes del Comité de Redacción constituido en la Comisión de Derechos Humanos, para decir que la Declaración Universal debía comenzar con frases que sirvieran de soporte interno a todos los derechos proclamados y que ese soporte estaba conformado por el artículo 1, el artículo 2 –que sienta el principio de no discriminación– y el artículo sobre los deberes y limitaciones a los derechos y las libertades³¹. Resultaba esencial que los principios básicos de libertad, dignidad e igualdad fueran proclamados al mundo³².

30 Glendon, Mary Ann. *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Universidad Panamericana, 2011, p. 221.

31 *Ibíd.*, p. 222.

32 *Ibíd.*

Eso explica que este trascendental documento comience siendo una declaración de principios, antes que una de derechos propiamente dicha. Al formularse el principio de no discriminación, el representante de Yugoslavia en la Tercera Comisión de la Asamblea General –que discutió artículo por artículo el texto elaborado por el Comité de Redacción antes que esta última lo votara– propuso la inclusión de un nuevo artículo estableciendo que los derechos enunciados en la DUDH debían reconocerse también a los habitantes de los territorios coloniales³³. Dicha propuesta fue aprobada y se tradujo en el párrafo 2 del artículo 2, plasmada en los siguientes términos: “Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

Resulta lamentable que 70 años después esos términos no hayan perdido vigencia, salvo en lo que respecta a los territorios bajo administración fiduciaria –régimen que finalizó en 1994– porque aún existen dieciséis territorios no autónomos.

El 20 de octubre de 1948, tras seis días de debate, el artículo 3 –“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”– fue aceptado. La propuesta soviética de abolir la pena de muerte no prosperó, porque “a pesar de que muchos representantes expresaron su apoyo para abolir la pena capital, y muchos de sus propios países lo habían hecho”, la mayoría se mostró “de acuerdo con la decisión de la Comisión de Derechos Humanos de establecer un principio general, sin tomar una postura explícita sobre el aborto, la eutanasia o la pena de muerte”³⁴.

33 *Ibíd.*, p. 223.

34 *Ibíd.*, p. 226.

Ese mismo día, la Tercera Comisión de la Asamblea General de la ONU suspendió la discusión que venía llevando adelante para escuchar un informe sobre la situación de los refugiados palestinos, forzados a salir de los territorios ocupados por Israel y buscar amparo en países vecinos³⁵. Esta crisis fue motivo para que surgieran dos cambios significativos, porque algunos vecinos de Israel estaban preocupados por el continuo flujo de personas refugiadas a sus territorios. Entonces, Líbano propuso que el derecho a regresar al propio país se añadiera al artículo 13 y Arabia Saudita impulsó la idea de convertir el derecho a obtener asilo en derecho a disfrutar del asilo (artículo 14)³⁶.

Glendon agrega un dato más: después de que la delegada británica advirtió que el derecho a obtener asilo entraría en conflicto con las leyes de muchos países, los cambios propuestos fueron aceptados. Indudablemente, se pasó por alto la fórmula adoptada por la Declaración Americana –buscar y recibir asilo de acuerdo con la legislación de cada país y los convenios internacionales– que hoy debe entenderse, en el sistema interamericano, en consonancia con la Opinión Consultiva OC-25/18.

Es posible sostener, por otro lado, que “disfrutar del asilo” es más que “recibir asilo” porque presupone la “recepción”, como hace notar Zlata Drnas de Clément³⁷. Podría decirse, incluso, que disfrutar del asilo implica –entre otras cosas– que la voluntad de la persona solicitante de asilo cuenta, ya que postular que no importa cuál sea finalmente el Estado de acogida sino que la

35 *Ibíd.*

36 *Ibíd.*, p. 228.

37 Drnas de Clément, Zlata. “Refugiados y obligaciones ‘erga omnes’”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Su aplicación en Argentina*. Musso, José Antonio (coord.), Santiago del Estero, Bellas Alas, 2017, p. 548, nota 13.

persona sea acogida, significa atender solo uno de los aspectos del problema³⁸.

A propuesta de México, se añadió en el artículo 16 la siguiente: “sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión”. Ello suscitó una nueva controversia y, cuando se discutió el derecho a participar en el gobierno, se logró mejorar la redacción del artículo al añadirse el párrafo tercero al artículo 21³⁹; dicho párrafo pone énfasis en que “la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público” y en que “esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”.

Tras el recorrido por los derechos civiles y políticos, y por las libertades fundamentales⁴⁰, el texto formula –en el artículo 22– los principios generales relativos a los derechos económicos, sociales y culturales; luego, en los cinco artículos siguientes, pasa a enunciarlos: derechos al trabajo, derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la jornada de trabajo y a vacaciones periódicas pagadas; derecho a un nivel de vida adecuado; derecho a la educación y derechos culturales. También queda incluido en esta categoría el derecho a la seguridad social, reconocido en el citado artículo.

38 En el preámbulo de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 se dice que “la concesión del derecho de asilo puede resultar excesivamente onerosa para ciertos países”, por lo que “la solución satisfactoria de los problemas cuyo alcance y carácter internacionales han sido reconocidos por las Naciones Unidas no puede, por esto mismo, lograrse sin solidaridad internacional”.

39 Glendon, Mary Ann. *Un mundo nuevo...*, p. 228.

40 Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que incluye la libertad de cambiar de religión o creencia así como la de manifestar la religión o creencia de cada persona (artículo 18); libertad de opinión y de expresión (artículo 19); y libertad de reunión y de asociación pacíficas (artículo 20).

Un cambio de lenguaje es perceptible en esta parte del texto: son derechos que corresponden a “toda persona, como miembro de la sociedad”, lo que da a entender que la sociedad debe preocuparse por la suerte de sus miembros jugando un rol primordial en la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales. Y hay una valoración de estos derechos en la frase “indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”, con la cual cierra el artículo 22.

Cuando se discutió el derecho al trabajo, la propuesta soviética de incluir el derecho a la protección contra el desempleo generó controversia; igual ocurrió con la propuesta de incorporar el derecho a igual salario por trabajo igual –sin discriminación alguna– y la de consagrar el derecho de toda persona que trabaja a una remuneración que le asegure una existencia digna, para sí y para su familia, aprobándose tales propuestas pese a la oposición estadounidense⁴¹.

La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana, así como el fortalecimiento del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales favoreciendo la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; además, ha de promover el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. Tal es el contenido de la educación, definido en el artículo 26.2, mientras que el primer párrafo del mismo establece que “toda persona tiene derecho a la educación”. Por consiguiente, los Estados deben instrumentar y desplegar todos los medios a su alcance para garantizar efectivamente ese derecho “de manera instantánea y sin demoras a todas las personas, bajo los principios medulares básicos de igualdad y no discriminación”⁴².

41 Glendon, Mary Ann. *Un mundo nuevo...*, pp. 234 y 235.

42 Salvioi, Fabián, *La universidad y la educación en el siglo XXI: Los derechos*

La DUDH reconoce el derecho humano a la educación junto con el derecho a la educación en derechos humanos o a la educación en la paz y los derechos humanos⁴³, que tiene también categoría de derecho humano. En cuanto a los deberes, los consagra de manera genérica al decir que toda persona tiene deberes respecto a la comunidad (artículo 29.1).

IV. La importancia del artículo 28 de la Declaración Universal

Una pieza clave de la DUDH es su artículo 28 que dice: “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”. Reafirmando este derecho, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en 2008 una resolución en la que afirma que toda persona tiene derecho a un orden internacional democrático y equitativo⁴⁴, y que un orden internacional de tales características fomenta la plena realización de todos los derechos humanos de todas las personas.

Afirma también que el orden que promueve requiere la realización, entre otras cosas, del derecho de los pueblos a la

humanos como pilares de la nueva reforma universitaria, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009, p. 110.

43 El texto actualizado de la Declaración de Santiago (2010) en el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho Humano a la Paz, de 20 de septiembre de 2017, que refleja las legítimas aspiraciones de la sociedad civil en relación con el derecho humano a la paz, postula la educación en la paz y los derechos humanos en los siguientes términos: “Todas las personas y los pueblos tienen el derecho a una educación integral en la paz y los derechos humanos, en el marco de la Declaración y programa de acción sobre una cultura de paz y el diálogo entre culturas” (artículo 5.1).

44 Resolución 63/189 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 18 de diciembre de 2008.

libre determinación; del derecho de los pueblos y las naciones a la soberanía sobre sus riquezas y recursos naturales; del derecho de todo ser humano y de todos los pueblos al desarrollo; del derecho de todos los pueblos a la paz; el derecho a un orden económico internacional basado en la participación en condiciones de igualdad en el proceso de adopción de decisiones, la interdependencia, los intereses mutuos, la solidaridad y la cooperación entre todos los Estados; de la solidaridad internacional como derecho de los pueblos y de las personas; de la promoción y la consolidación de instituciones internacionales transparentes, democráticas, justas y responsables en todos los ámbitos de cooperación; del derecho a la participación de todos, sin discriminación alguna, en los procesos internos y mundiales de adopción de decisiones; y del principio de la representación equilibrada tanto de las regiones como de hombres y mujeres en la composición del personal del sistema de la ONU.

Requiere además el respeto de la diversidad cultural y de los derechos culturales de todas las personas, pues el mismo aumenta el pluralismo cultural y contribuye a un intercambio más amplio de conocimientos, así como a la comprensión del acervo cultural, a la vez que promueve la aplicación y el goce de los derechos universalmente aceptados en todo el mundo y fomenta las relaciones de amistad estables entre los pueblos y las naciones. A ello se suma el derecho de todas las personas y todos los pueblos a un medio ambiente sano y a una cooperación internacional más intensa que responda con eficacia a los desafíos del cambio climático. En 2011, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó una resolución reiterando los términos de la resolución de la Asamblea General sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, con algunos agregados⁴⁵.

45 Así, en la resolución 18/6 –del 29 de septiembre de 2011– el Consejo de Derechos

El informe temático del experto independiente de la ONU sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo –que examina los últimos seis informes que presentó al Consejo de Derechos Humanos y los seis que presentó a la Asamblea General– señala que:

el funcionamiento de un orden internacional democrático y equitativo se basa necesariamente en el multilateralismo y la solidaridad internacional. Su objetivo es promover la cultura de la paz y el diálogo entre las naciones y los pueblos, respetando plenamente la soberanía de los Estados y garantizando que la sociedad civil en todos los países tenga un amplio espacio para expresarse y disfrutar de sus derechos individuales y colectivos, así como para preservar sus tradiciones, su cultura y su identidad. Cabe reiterar que un orden internacional democrático y equitativo es aquel en el que los pueblos y las naciones tienen una representación equitativa, no solo en la Asamblea General, sino también en las instituciones financieras regionales e internacionales, y pueden ejercer su derecho a la libre determinación, y aquel en el que se reconoce el derecho a la paz en sus dimensiones individual y colectiva y en el que se prohíben las medidas coercitivas unilaterales⁴⁶.

Como bien dice el informe, un orden internacional democrático y equitativo es aquel en el que –*inter alia*– se reconoce el derecho a la paz tanto en sus dimensiones individual y colectiva. Reconocer este derecho en cabeza de todos sus titulares y con

Humanos de la ONU declaró “que la democracia implica el respeto de todos los derechos humanos y libertades fundamentales y es un valor universal basado en la voluntad libremente expresada del pueblo para decidir sus sistemas políticos, económicos, sociales y culturales y su plena participación en todos los aspectos de sus vidas, y reafirma la necesidad de que exista una adhesión universal al estado de derecho, y una observancia también universal del mismo, tanto a nivel nacional como internacional”.

46 Informe presentado en el 37° período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/37/63, 26 de febrero a 23 de marzo de 2018, párr. 12.

todos sus elementos constitutivos⁴⁷, es un paso que falta dar para avanzar hacia la consolidación del orden internacional que propicia la DUDH. La Declaración sobre el Derecho a la Paz, del 2016⁴⁸, no satisface las legítimas aspiraciones de la sociedad civil.

V. Valor y trascendencia de la Declaración Universal

Al cumplirse cinco décadas de la adopción de la Declaración Universal, Gros Espiell escribió que “la conmemoración [...] no puede limitarse a la recordación de la historia del texto y de las circunstancias de su aprobación y a recordar el contenido de sus treinta artículos, con las expresiones laudatorias de siempre”, explicando su punto de vista con el argumento de que “un texto clásico y vivo, como es la Declaración Universal, tiene, como consecuencia de su permanencia, un sentido evolutivo, en función de los diferentes momentos históricos en que se interpreta y aplica y, consiguientemente, de las realidades y perspectivas distintas que en cada situación existen y se generan”⁴⁹.

Y al cumplirse el 70° aniversario de la misma, esas palabras siguen siendo válidas. El texto aprobado aquel 10 de diciembre

47 De acuerdo con la Declaración de Santiago actualizada en 2017 –que cuenta con el apoyo de 692 organizaciones de la sociedad civil bajo el liderazgo de la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH)– son titulares del derecho humano a la paz las personas, los grupos, los pueblos, las minorías y toda la humanidad; los elementos esenciales de tal derecho son –entre otros– el derecho al desarme, el derecho a la seguridad humana, el derecho a la educación en la paz y los derechos humanos, y el derecho al desarrollo y a un medio ambiente sostenible.

48 Resolución 71/189, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 2016.

49 Gros Espiell, Héctor, “La Declaración Universal de Derechos Humanos: cincuenta años después”, *Entre Abogados*, N° 1, 1999, p. 5.

de 1948, requiere una lectura que tenga en cuenta la evolución del DIDH y las exigencias de nuestros días.

Uniendo el pasado y el presente, Villán Durán comenta que “el primer instrumento sustantivo que concretó en treinta artículos magistrales el contenido de los ‘derechos humanos y libertades fundamentales’ enunciados en la Carta de San Francisco fue la Declaración Universal de Derechos Humanos” y que desde entonces los principios básicos consagrados en esta “han ido precisándose en numerosas normas positivas contenidas en más de 200 tratados internacionales y protocolos, así como en innumerables normas de DI general, normas consuetudinarias y principios generales del DI. El conjunto de normas, sustantivas y procesales, que forman parte del DIDH constituye hoy un genuino Código Internacional de Derechos Humanos, elaborado pacientemente a lo largo de los últimos 71 años”⁵⁰. Esto nos da una idea cabal de la humanización del derecho internacional y del desarrollo que ha alcanzado el DIDH.

Hace 50 años, la Proclamación de Teherán⁵¹ consignó que la concepción común a todos los pueblos de los derechos humanos y las libertades fundamentales enunciada en la Declaración Universal es obligatoria para la comunidad internacional. Con mayor razón lo es en nuestros días, cuando la existencia del código internacional de derechos humanos al que se refiere Villán Durán es una realidad palpable.

Los redactores de la DUDH escribieron, en el preámbulo de la misma, que es “esencial que los derechos humanos sean

50 Villán Durán, Carlos, “Introducción general: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos...*, pp. 36-37.

51 Adoptada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán, el 13 de mayo de 1968.

protegidos por un régimen de Derecho”. No pensaron que la Declaración Universal era una primera expresión de ese régimen, pero hoy sería impensable excluirla de este.

El instrumento tiene entonces fuerza normativa. En este sentido, cabe destacar que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dicen –en uno de los párrafos de sus respectivos preámbulos– que los Estados partes reconocen que con arreglo a la DUDH no podrá realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen las condiciones que permitan a cada persona disfrutar de todos sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Por esta vía, los Estados reconocen que el ideal del ser humano libre los obliga a crear las condiciones necesarias para alcanzarlo y que ello se desprende, ante todo, de la Declaración Universal.

El documento final de la Cumbre Mundial 2005 confirma lo antedicho al reafirmar el compromiso de los Estados de cumplir con sus obligaciones de promover el respeto, la observancia y la protección universales de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales para todas las personas, de conformidad con lo dispuesto en la Carta de la ONU, la DUDH y otros instrumentos relacionados con los derechos humanos y el derecho internacional⁵².

52 Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, párr. 120. Allí también se afirma que “el carácter universal de esos derechos y libertades no puede ponerse en tela de juicio”.

Conclusión

La Declaración Americana y la Declaración Universal tienen elementos en común y algunas diferencias. Son producto de su tiempo, de la necesidad de hacer visibles los derechos y las libertades que sus cartas correspondientes mandaban promover; pero no han quedado encapsuladas en el tiempo, porque en pleno siglo XXI es posible encontrar en las mismas fundamentos para ampliar la protección de derechos.

Sus redactores no se preocuparon tanto por definir el contenido de los derechos y las libertades que incluyeron en sus textos, sino –en todo caso– por enunciarlos confiando que nuevos instrumentos completarían la tarea, ampliando el contenido y el alcance de cada derecho y precisando las obligaciones de los Estados.

Ambos instrumentos valen por lo que dicen expresamente y por su contenido implícito. El derecho a un orden internacional democrático y equitativo surge de los términos del artículo 28 de la DUDH; otro derecho emergente, el derecho a la solidaridad internacional, procede del mismo origen. Los fundamentos jurídicos del derecho humano a la paz se encuentran también en esas disposiciones así como en la Carta de las Naciones Unidas, los pactos internacionales de derechos humanos y otros numerosos instrumentos internacionales.

Uno y otro texto dan a los derechos económicos, sociales y culturales la misma jerarquía que a los civiles y políticos, lo cual se aprecia con mayor claridad en la Declaración Universal que los presenta como indispensables a la dignidad de las personas.

El mayor desafío relacionado con estos instrumentos emblemáticos pasa por lograr que cada vez se internalicen más y puedan incidir en el mejoramiento de la calidad de vida de sus

destinatarios, para lo cual es fundamental la educación en la paz y los derechos humanos.

Ambas declaraciones valen por sí mismas, pero se potencian cuando se las considera en estrecha armonía con los instrumentos que las complementan y refuerzan.

A 70 años del advenimiento de ambas, se observa un notorio progreso normativo e institucional en torno a los derechos humanos y libertades fundamentales; es justo decir, entonces, que ambas han mostrado el camino.

Y nos hacen ver que la responsabilidad de crear las condiciones que hagan posible la plena realización de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas, también nos concierne.

Os 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: um olhar especial sobre o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu órgão de supervisão

*Renato Zerbini Ribeiro Leão**

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi proclamada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Por isso esta, mediante sua resolução 423 (V) de 1950, convida o planeta a celebrar a data de 10 de dezembro de cada ano como o Dia Internacional dos Direitos Humanos. Feito consagrado desde então. Em 2018 festeja-se seu septuagésimo aniversário.

Embora tecnicamente, sob uma interpretação rigorosa e tradicional do direito internacional, uma declaração pode não ser considerada como um tratado com força vinculante, a DUDH é um documento memorável, reconhecida internacionalmente como integrante do direito costumeiro internacional. Ademais, as decisões das organizações e dos órgãos internacionais são indiscutivelmente uma fonte do direito internacional público contemporâneo. A natureza jurídica da DUDH é a de uma

* Ph.D. em Direito Internacional e Relações Internacionais. Advogado. Professor do Mestrado em Ciência Política e da Graduação em Direito no Centro Universitário Euro-Americano em Brasília. Membro do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU em Genebra. Membro do Conselho Diretivo do Instituto Interamericano de Direitos Humanos de San José da Costa Rica. Membro do Instituto Colombiano de Direitos Humanos.

resolução da Assembleia Geral da ONU, portanto, é ela uma fonte do atual direito internacional. Senão ainda, seu peso jurídico e político, somados ao seu significado moral são enormes nas relações internacionais e no direito internacional de hoje em dia: indica um padrão de conduta aos Estados para com seus cidadãos e cidadãs. Edifica a consciência jurídica universal, pois.

A DUDH foi proclamada por unanimidade: dos 58 Estados membros da ONU, 48 votaram a seu favor, nenhum em contra, oito se abstiveram e dois ausentaram-se. Seu objetivo é claro, está estampado em seu preâmbulo e predica o esforço por parte de cada indivíduo e cada órgão da sociedade, através do ensino e da educação, em promover o respeito aos direitos e liberdades nela contidos, adotando medidas progressivas de caráter nacional e internacional, assegurando o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados membros quanto entre os povos dos territórios sob a sua jurisdição. Isso considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Em seus trinta artigos foram incluídos os princípios de liberdade, igualdade e não discriminação (arts. 1 a 3); os direitos civis e políticos (arts. 2 ao 21); e os econômicos, sociais e culturais (arts. 22 ao 28). A indissociável inter-relação entre esses direitos materializa-se quando o artigo 28 diz que *“toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados”*¹. Ademais, segundo seu artigo 29.2, o exercício desses direitos apenas poderá ser limitado pela lei, *“exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento*

1 Versão do português de Brasil, disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm

e respeito dos direitos e liberdades de outrem, e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”². Os direitos humanos são complementares, indivisíveis e universais.

Não por isso, trata-se a DUDH apenas de uma enumeração de direitos. Ela é complementada por uma declaração de deveres, que ainda em brevíssima exposição no primeiro inciso do artigo 29 indica que toda pessoa tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. Os direitos humanos também possuem uma dimensão coletiva importante em prol de uma convivência plural, sendo todos os seres humanos iguais na medida de suas desigualdades à luz do princípio da igualdade e não discriminação.

Com a Carta Internacional dos Direitos Humanos - conjunto de documentos vigentes desde 1976, conformado pela DUDH, pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais e por seus protocolos adicionais – os direitos enunciados na DUDH foram normatizados, desenvolvidos, dotados de unidade e interatividade.

A partir da proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, todos os países do mundo, inclusive aqueles que não atravessaram o longo processo de formação do Estado liberal e democrático moderno, dispõem de um código internacional para decidir como se comportar e como julgar os demais. É um código que não só se aplica no âmbito universal, mas encerra também preceitos que têm valor em áreas anteriormente não tomadas em conta nas Constituições dos Estados ocidentais. Diferentemente de outras épocas, na atualidade as normas

2 Versão do português de Brasil, disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm

internacionais proíbem qualquer trato desumano, degradante ou discriminatório, conspirando em prol da convergência das três vertentes da proteção internacional da pessoa humana (direito internacional dos conflitos armados, direito internacional dos direitos humanos e direito internacional dos refugiados). Essas três vertentes materializam um anel interativo de afirmação da dignidade humana nas relações internacionais do Século XXI.

I. A origem da norma legal nas relações internacionais do Século XXI

As regras de direito nas relações internacionais atuais experimentam uma existência desafiadora. Estão marcadas, no processo de formação do direito internacional, por uma notável passagem do consentimento individual ao consenso. Cançado Trindade, anterior presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos e atual juiz da Corte Internacional de Justiça, destaca que a doutrina do século passado, alimentada pelas conferências de codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional, já rumava para o consenso enquanto expressão da consciência jurídica universal. A velha postura positivista da busca pelo consentimento de cada Estado individualmente estava sendo superada³.

Em 1986, a Corte Internacional de Justiça, no caso *Nicarágua versus Estados Unidos*, descartou a tese do consentimento individual dos Estados, atribuindo notável importância à opinião do direito, para cuja formação contribuía não só os Estados como também as organizações internacionais. Essa contribuição conjunta vê-se refletida na codificação e no desenvolvimento progressivo do direito internacional. Tal ponto de vista

3 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

jurídico incide diretamente no processo de formação do direito internacional, consubstanciando-se em uma etapa crucial na paulatina institucionalização da sociedade internacional.

O direito internacional e as relações internacionais possuem um elo inquebrantável. Hoje em dia interagem num ambiente plural, vivenciado por uma diversidade impressionante de atores capazes de construir e transformar tudo aquilo que envolve os seres humanos. A visão puramente estatocêntrica do direito internacional e das relações internacionais pertence a um passado humanisticamente medíocre e realista. O Estado foi criado pelo ser humano para servi-lo em sua organização social e não vice-versa. Cançado Trindade ensina que não é função do jurista simplesmente tomar nota da prática dos Estados, mas sim dizer qual é o direito. E este estará sempre impregnado da reta razão (uma correta razão das coisas a serem executadas). Positivistas e realistas pretenderam tornar a realidade trabalhada inevitavelmente permanente. Ironicamente, perplexos ante as mudanças, movimentaram-se de um momento histórico a outro, inteiramente diferentes, pois o mundo e as pessoas estão em constante movimento. Ao tentarem se reajustar à nova realidade empírica, novamente aplicaram o esquema estático ao qual estavam habituados. Resistentes ante as mudanças analisaram descuidosamente as profundas alterações na nova ordem. Assim, outra vez, passaram a projetar sua ilusão da inevitabilidade no futuro e, por vezes – em desespero – também no passado. O equívoco básico dos positivistas e realistas tem sido justamente a minimização dos princípios que jazem nos fundamentos de qualquer sistema jurídico, seja ele nacional ou internacional. Estes informam e conformam as normas, direcionando-as para a realização da justiça. A minimização principiológica sempre resultou em desastres civilizatórios⁴.

4 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Desde a Carta da ONU de 1945, os Estados, à luz da boa fé, norteiam-se no direito internacional e nas relações internacionais pelos seguintes princípios gerais: soberania; não interferência nos assuntos internos de outros Estados; proibição do uso da força; solução pacífica de controvérsias; cooperação internacional; e, direitos humanos. Estes são os pilares éticos, morais e normativos da atual sociedade internacional. Quando existir algum conflito quanto à aplicação destes, resolver-se-á mediante a aplicação do princípio *pro homine*, isto é, a solução emergirá a partir da afirmação da dignidade humana. Trata-se de um princípio hermenêutico que informa todo o direito internacional dos direitos humanos, influenciando decisiva e robustamente o direito internacional público contemporâneo. Os instrumentos internacionais de direitos humanos, geralmente, não autorizam a limitação dos direitos protegidos além do previsto, tampouco a limitação do gozo ou do exercício de qualquer outro direito ou liberdade que possa estar reconhecido em outra norma internacional ou interna vigente, nem a excluir ou limitar o efeito que possam produzir as normas consuetudinárias de direitos humanos⁵.

As relações internacionais albergam uma pluralidade de atores -os Estados, as organizações internacionais e os indivíduos-atuantes na consolidação e transformação de um regime jurídico internacional de agendas variadas: regionais e universal. Estes três também são os sujeitos do direito internacional contemporâneo. Cançado Trindade plasmou, na doutrina e na jurisprudência, a ideia de que em um mundo marcado pela diversificação (dos povos e culturas) e pelo pluralismo (de ideias e cosmovisões), um novo direito dos povos assegura a unidade fundamental

5 Veja-se, por exemplo, o artigo quinto do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e, o artigo quinto do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

da humanidade. Esse novo direito dos povos (das gentes), o atual direito internacional, não poderia derivar da vontade de seus sujeitos de direito (já sobressaindo os Estados nacionais), mas forjar-se-ia a partir dos comandos da lei dados pela razão humana⁶.

No Século XXI, o direito internacional se edifica a partir da razão humana e a norma legal nas relações internacionais é fruto do consenso dos sujeitos daquele e dos atores destas.

II. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)

O PIDESC é um tratado internacional multilateral aberto para a assinatura, ratificação e adesão em 16 de dezembro de 1966, pela resolução 2200 A (XXI) da Assembleia Geral da ONU. Está em vigência desde 3 de janeiro de 1976. Seu artigo 2.1 exige que os Estados partes adotem medidas imediatas para conseguir o pleno gozo dos direitos contidos no Pacto. Estas podem ser de caráter administrativo, financeiro, educacional e social⁷. Também, os Estados partes obrigam-se juridicamente a adotar medidas legislativas, particularmente quando as leis existentes sejam claramente incompatíveis com as obrigações contraídas em virtude do PIDESC⁸. Depreende-se, portanto, que desde a perspectiva dos Estados partes, seus poderes executivos,

6 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

7 CDESC. Observação Geral nº 3. ONU. *Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos*. Documento HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I), de 27 de maio de 2008, p. 18, parágrafo 7.

8 ONU. *Derechos Humanos. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Folleto Informativo nº 16 (Rev.1)*. Campaña Mundial pro Derechos Humanos. OACNUDH: Ginebra, 1996, p. 10.

legislativos e judiciários devem comprometer-se com todas as ações necessárias para fazer viger as disposições do PIDESC em suas jurisdições internas.

O exercício dos direitos contidos no PIDESC deve ser livre de qualquer discriminação. Seu artigo 2.2 obriga aos Estados partes absterem-se de comportamentos discriminatórios, a modificar leis e práticas que permitam a discriminação. Os Estados partes devem garantir procedimentos judiciais e outros métodos de recursos em casos de discriminação. A discriminação que por qualquer motivo prejudique o pleno gozo dos DESC deve ser eliminada⁹. Trata-se da consubstanciação do princípio da igualdade e da não discriminação. Um princípio que impregna o alcance, a compreensão, o gozo e o significado de todos os direitos contidos no Pacto¹⁰.

III. O Comitê de Direitos, Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC)

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (CDESC) é o órgão internacional encarregado de supervisionar o cumprimento, pelos Estados partes, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Senão ainda, com a entrada em vigor do Protocolo Facultativo ao PIDESC em maio de 2013, materializa-

9 ONU. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Manual para las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. *Serie de Capacitación Profesional n° 12 – Derechos Humanos*. ACNUDH: Ginebra, 2004, p. 15.

10 A respeito do princípio da igualdade e da não discriminação leia: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *The non-discrimination and equality in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* em CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto e LEAL, César Barros (orgs.). *Equality and Non-Discrimination*. Fortaleza: IBDH/IIDH/SLADI, 2014, pp. 295-324.

se a possibilidade de que o Comitê receba e decida acerca de denúncias individuais apresentadas pela cidadania dos Estados partes desses dois tratados internacionais: tanto do Pacto quanto de seu Protocolo Facultativo. Em consequência de sua natureza jurídica, de sua essência política e das funções e prerrogativas destas derivadas, o CDESC é na atualidade o órgão internacional mais robusto na promoção, proteção e vigilância dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Os Estados partes no PIDESC estão obrigados a submeter informes regulares de seu cumprimento ao CDESC. Sua prática atual indica que o primeiro informe deve ser apresentado ao cabo dos dois primeiros anos da vigência do PIDESC para com aquele Estado parte. Depois, a cada cinco anos deverão ser encaminhados os informes de seguimento àquele primeiro informe. O CDESC examinará cada informe e endereçará suas preocupações e recomendações aos Estados partes na forma de observações conclusivas.

O CDESC também adota sua interpretação das disposições do PIDESC em formas de observações gerais, bem como emite cartas e declarações sobre os mais variados assuntos de importância capital para a afirmação dos DESC na seara internacional.

Ao adentrar na terceira década do Século XXI, estando o CDESC ademais de adstrito à jurisdição do PIDESC, também facultado por seu Protocolo Facultativo, não é nenhum exagero afirmar de que se trata do principal órgão internacional de defesa, promoção e proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais na atualidade. Sua atual arquitetura consagra e possibilita um mecanismo internacional dotado de dispositivos normativos e processuais, além da possibilidade de indicar medidas implementativas para a consagração desses direitos. É, sem

dúvida nenhuma, dado suas facetas jurídicas e políticas, o órgão internacional mais robusto em matéria de proteção dos DESC.

Até outubro de 2018, o CDESC adotou 24 observações gerais. Estas auxiliam os Estados partes e a comunidade internacional a entenderem o alcance e o significado de cada um dos artigos dispostos nos PIDESC, orientando os Estados, os tribunais e o público comum acerca do alcance e significado específico desses direitos humanos: das liberdades e dos direitos que cada um pode desfrutar. Em seu processo de consubstanciação, as observações gerais contam com: relator ou correlatores, apoio da secretaria técnica do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, diálogos com outras agências do sistema ONU especializadas no assunto, audiências públicas com parceiros da sociedade civil e entidades interessadas, debates com universidades e fundações interessadas em sua temática específica. Ademais, a última versão redatada de uma observação geral fica à disposição do público geral na página eletrônica do CDESC por um prazo razoável a fim de receber comentários e sugestões pertinentes antes da aprovação, pelo Comitê, de sua versão final.

A título de exemplo, na Observação Geral adotada durante sua 57^a sessão, realizada entre 22 de fevereiro a 04 de março de 2016, o CDESC interpretou o direito a condições justas e favoráveis do trabalho, conforme dispõe o artigo 7º do Pacto. Este estabelece o direito a uma remuneração mínima do trabalho, estipulando um salário equitativo suficiente para garantir umas condições de existência dignas, assim como condições de trabalho equitativas e satisfatórias. No entender do Comitê os salários devem ser equitativos e adequados para que sejam considerados justos. Um entendimento em consonância com a realidade do tema, já que na atualidade o nível salarial em muitos rincões do planeta permanece ainda baixo e a lacuna salarial

por gênero é um problema persistente e global. Ademais, as pessoas devem desfrutar de umas condições mínimas de saúde e higiene no ambiente de trabalho, cabendo aos Estados partes a responsabilidade em adotar políticas públicas e leis orientadas para essas finalidades. Estes também devem estabelecer um nível de referência ou mínimo, não permitindo que as condições de trabalho de nenhuma pessoa sejam inferiores às estabelecidas para esse nível. E mais, à luz do artigo 7º, os Estados partes devem estabelecer medidas coercitivas capazes de garantir a aplicação desses direitos¹¹.

Nas Observações Gerais, o CDESC não se furtou a opinar sobre questões centrais quanto à exigibilidade dos DESC. Segundo o Comitê, a natureza das obrigações dos Estados partes para com esses direitos comportam tanto as de resultado - pois todas elas conduzem a um objetivo único (buscar progressivamente a plena efetividade desses direitos) - como as de comportamento, cujo cumprimento requer a imediatez do compromisso de adotar medidas sem estar submetido a nenhuma condição. Ademais, a obrigação de adotar medidas abarca até o máximo dos recursos disponíveis. A expressão “recursos” refere-se tanto aos existentes dentro do Estado parte, como aqueles disponibilizados pela cooperação internacional¹².

A nona observação, através do qual o CDESC precisa o conteúdo do dever dos Estados em dar efetividade ao PIDESC, também é auspicioso. Com esse objetivo, o direito a um recurso efetivo não deve ser interpretado sempre e necessariamente no sentido de um recurso judicial. Os recursos administrativos também estão aí contemplados e devem ser acessíveis, não

11 Esse Comentário Geral nº 23 tem um significado pessoal especial por ter sido eu um de seus correlatores. O trabalho de sua elaboração foi realizado em conjunto com a colega portuguesa Maria Virginia Brás Gomes.

12 CESCR General Comment 3. (General Comments). Comentário Geral nº 3.

onerosos, rápidos e eficazes, inclusive contando com um direito último de apelação judicial resguardando esses procedimentos¹³. Ademais, no parágrafo 9 desse Comentário, o CDESC clama pela justiciabilidade de todos os direitos contidos no PIDESC e afirma que “quando um direito reconhecido no Pacto não se possa exercer plenamente sem uma intervenção do Poder Judiciário, é necessário estabelecer recursos judiciais”¹⁴.

Somam-se também ao acervo de produtos elaborados pelo Comitê uma série de Declarações e de Cartas Abertas. Estas buscam chamar a atenção dos Estados partes e da comunidade em geral acerca de assuntos conexos com o PIDESC que estão sendo objetos da agenda internacional por meio de Conferências Internacionais Universais, especialmente do sistema ONU; ademais de fenômenos universais civis, culturais, econômicos, políticos e /ou sociais de especial impacto sobre os DESC. Dentre outras, merece destaque a Carta do Presidente do Comitê sobre as Medidas de Austeridade de 16 de maio de 2012, por meio da qual o Comitê recorda aos Estados partes que:

conforme o Pacto, todos os Estados partes devem evitar a todo o momento a adoção de decisões que possam redundar na denegação ou na vulneração de direitos econômicos, sociais e culturais. Ademais de constituir práticas contrárias às obrigações contraídas pelos Estados partes em virtude do Pacto, a denegação ou vulneração por estes desses direitos pode provocar insegurança social e instabilidade política; ter efeitos negativos importantes, em particular sobre as pessoas e os grupos desfavorecidos e marginalizados.... Dadas à indivisibilidade, interdependência e inter-relação dos direitos humanos, neste processo também se veem ameaçados outros direitos.

13 ONU. ECOSOC. Doc. E/C.12/1998/24, parágrafo 9.

14 ONU. *Op. cit.*, *in fine*. (tradução própria).

...

As crises econômicas e financeiras e a falta de crescimento impedem a materialização progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais podendo provocar retrocessos no seu desfrute. O Comitê é consciente de que ocasionalmente é inevitável realizar certos ajustes na aplicação de alguns dos direitos consagrados no Pacto, entretanto os Estados partes no devem atuar em detrimento das obrigações que assumiram em virtude deste¹⁵.

Portanto, os principais produtos do CDESC/ONU são suas observações conclusivas; suas observações gerais; suas declarações e cartas abertas; e; ultimamente, suas decisões acerca das denúncias individuais endereçadas pelos indivíduos dos Estados partes do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

IV. O Protocolo Facultativo ao PIDESC

O Protocolo Facultativo ao PIDESC é um tratado internacional adotado pela Assembleia Geral da ONU em 10/12/2008 (Resolução A/RES/63/117). Em 2009, ele foi aberto para a assinatura dos Estados partes no PIDESC e, em 5 de fevereiro de 2013, alcançou seu décimo depósito¹⁶. Este possibilita ao CDESC considerar comunicações individuais envolvendo assuntos relacionados aos DESC no contexto do Pacto.

O CDESC aprovou o regulamento do Protocolo Facultativo do PIDESC em sua 49^a sessão, realizada em novembro de 2012.

15 Tradução própria e não oficial dos parágrafos 3º e 5º da Carta do Presidente do Comitê sobre Medidas de Austeridade de 16 de maio de 2012.

16 Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 10 de Dezembro de 2008 através da resolução A/RES/63/117; aberto à assinatura a 24 de Setembro de 2009, em Nova Iorque.

De pronto, importante destacar que seu quarto artigo diz que as comunicações poderão ser apresentadas por pessoas ou grupos de pessoas que se encontrem sob a jurisdição de um Estado parte e que aleguem serem vítimas de uma violação de qualquer dos direitos enunciados no PIDESC.

Portanto, somente um Estado parte do PIDESC, que também se torne parte de seu Protocolo Facultativo, conferirá ao CDESC competência para receber e apreciar denúncias individuais. Dito em outras palavras, o Comitê rechaçará toda comunicação proveniente de um Estado parte do Pacto que não o seja de seu Protocolo Facultativo¹⁷.

As denúncias podem ser submetidas por um indivíduo, ou em nome de indivíduos, sob a jurisdição de um Estado parte que alegue ser vítima de uma violação, por esse Estado parte, de qualquer um dos direitos enunciados no Pacto. Porém, sempre que uma denúncia for submetida em representação de indivíduos ou grupos de indivíduos, é necessário o consentimento destes, a menos que o autor consiga justificar a razão que o leva a agir em sua representação sem o referido consentimento¹⁸.

A inadmissibilidade das denúncias é tratada pelo artigo 3, parágrafo 2, do Protocolo Facultativo. Este indica que se a denúncia não for submetida no prazo de um ano após o esgotamento dos recursos internos não será admitida. Porém, essa regra admite uma exceção: caso o autor demonstre ao CDESC a impossibilidade de submissão da denúncia dentro desse prazo. Somente a prática do Comitê, com o aumento da chegada de casos e a constância destes, poderá dar conta dos parâmetros utilizados pelo CDESC com relação às características capazes de materializar essas impossibilidades.

17 Literalidade do 1º artigo do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

18 Artigo 2 do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

Também não serão admitidos os fatos que constituam o objeto da denúncia ocorrido antes da entrada em vigor do Protocolo para o Estado parte em causa, salvo se tais fatos persistiram após tal data. Senão ainda, caso a mesma questão já tenha sido apreciada pelo CDESC ou tenha sido ou esteja a ser examinada em outra jurisdição internacional, no âmbito de outro processo internacional de investigação ou de resolução de litígios declarar-se-á a denúncia inadmissível¹⁹.

Caso a denúncia seja incompatível com as disposições do PIDESC, manifestamente infundada, insuficientemente fundamentada ou exclusivamente baseada em notícias divulgadas pelos meios de comunicação também será declarada inadmissível. Assim mesmo, caso a denúncia constitua um abuso do direito de submeter uma comunicação, ou quando esta seja anônima ou não seja apresentada por escrito será declarada inadmissível²⁰.

A qualquer momento depois da recepção de uma denúncia e antes de se pronunciar sobre o seu mérito, o Comitê pode transmitir ao Estado parte interessado, para sua urgente consideração à luz de circunstâncias excepcionais, um pedido para que este tome as providências cautelares que se mostrem necessárias para evitar eventuais danos irreparáveis à vítima ou vítimas da alegada violação. Essa possibilidade não implica em qualquer juízo de valor final acerca da admissibilidade ou do mérito do caso sob análise²¹.

Exceto no caso de que por ofício rejeite uma denúncia, todas as denúncias apresentadas ao CDESC com fulcro no Protocolo Facultativo deverão ser confidencialmente comunicadas ao Estado parte pertinente. Em consequência, no prazo de seis meses, o

19 Artigo 3, parágrafo 1, alíneas b, c, do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

20 Artigo 3, parágrafo 1, alíneas d, e, f, g, do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

21 Artigo 5, do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

Estado parte receptor deverá submeter ao Comitê por escrito, as explicações ou declarações que possam clarificar a questão que originou a comunicação, indicando, se pertinente, as medidas adotadas para remediar a situação²².

A solução amistosa também está prevista no Protocolo Facultativo. Por essa via, o Comitê deverá oferecer seus bons ofícios às partes interessadas em aras de uma solução amistosa do litígio. Um acordo no âmbito dessa possibilidade determinará a interrupção da análise da comunicação²³.

Por sua vez, a apreciação das denúncias pelo CDESC dar-se-á à luz de toda a documentação que lhe tenha sido submetida, desde que tal documentação seja transmitida às partes interessadas. Para tanto, suas sessões serão a porta fechada, restrita aos membros do Comitê e pessoal da secretaria encarregados dos casos. Quando apreciar uma denúncia, o Comitê pode consultar documentação relevante emanada de outros órgãos, agências, fundos, programas e mecanismos das Nações Unidas, bem como de outras organizações internacionais, incluindo as regionais, ademais de quaisquer observações ou comentários formulados pelo Estado parte interessado. O Comitê também analisará a razoabilidade das medidas tomadas pelo Estado parte em conformidade com o Pacto. Ao fazê-lo, o Comitê considerará a possibilidade pelo Estado parte de adotar uma série de medidas políticas para a realização dos direitos previstos no Protocolo²⁴.

Depois de apreciar uma denúncia, o Comitê transmitirá sua constatação, em conjunto com as suas recomendações, às partes interessadas. Nesse caso, o Estado parte deverá tê-las devidamente em conta, em conjunto com as suas recomendações, submetendo

22 Artigo 6, parágrafos 1 e 2, do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

23 Artigo 7, parágrafos 1 e 2, do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

24 Artigo 8, parágrafos 1, 2, 3 e 4, do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

ao Comitê, no prazo de seis meses, uma resposta escrita, incluindo informação sobre quaisquer medidas tomadas à luz de suas constatações e recomendações. O Comitê pode convidar o Estado parte a submeter informação adicional sobre quaisquer medidas adotadas pelo Estado parte em resposta às suas constatações ou recomendações e incluí-las nos relatórios a serem apresentados subsequentemente pelo Estado parte²⁵.

As denúncias interestatais também estão previstas no Protocolo. Da leitura de seu décimo artigo entende-se que estas só podem ser recebidas e apreciadas se submetidas por um Estado parte que tenha feito uma declaração reconhecendo a competência do Comitê para tanto. Se um Estado parte no Protocolo considerar que outro Estado parte não está cumprindo as suas obrigações conforme o Pacto, pode, através de comunicação escrita, levar a questão à atenção do CDESC. No prazo de três meses após a recepção da denúncia, o Estado destinatário deverá apresentar ao Estado emissor da denúncia uma explicação, ou qualquer outro comentário escrito esclarecendo o assunto, os quais deverão incluir, na medida do possível e desde que seja pertinente, referência aos procedimentos e vias de recursos internos utilizadas, pendentes ou disponíveis sobre a matéria. Se o assunto não for resolvido de forma satisfatória para ambos os Estados partes interessados num prazo de seis meses após a recepção da comunicação inicial pelo Estado destinatário, qualquer um dos Estados pode submeter a questão mediante notificação ao Comitê e ao outro Estado²⁶.

Caso o Comitê receba informação fidedigna indicando violações graves ou sistemáticas de qualquer um dos DESC consagrados no Pacto por um de seus Estados partes, este será

25 Artigo 9, parágrafo 1, 2 e 3, do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

26 Artigo 10, parágrafo 1, alíneas a, b, do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

convidado a cooperar no exame da informação e, para esse fim, encaminhar observações a respeito. Considerando quaisquer observações que possam ter sido submetidas pelo Estado parte interessado, assim como qualquer outra informação fidedigna que lhe tenha sido disponibilizada, o Comitê pode designar um ou mais dos seus membros para conduzir um inquérito. Caso se justifique e com o consentimento do Estado parte, o inquérito pode incluir uma visita ao seu território. Tal inquérito deverá ser conduzido de forma confidencial e a cooperação do Estado parte deverá ser solicitada em todas as etapas do procedimento. Após analisar as conclusões do inquérito, o Comitê deverá transmitir as mesmas ao Estado parte interessado, em conjunto com quaisquer comentários e recomendações. O Estado parte interessado deverá, dentro de seis meses após a recepção das conclusões, comentários e recomendações transmitidos pelo Comitê, submeter a este as suas próprias observações. Depois de concluídos os procedimentos relativos ao inquérito, o Comitê pode, após consultar os Estados partes interessados, decidir pela inclusão de um relato sumário dos resultados dos procedimentos no seu relatório anual²⁷.

O Protocolo assinala que um Estado parte deverá tomar todas as medidas apropriadas para garantir que os indivíduos sob a sua jurisdição não estejam sujeitos a qualquer forma de maus-tratos, intimidação ou retaliação, em consequência das denúncias enviadas ao Comitê²⁸.

27 Artigo 11, parágrafos 1 ao 8 do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

28 Artigo 13 do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

V. O Regulamento do Protocolo Facultativo ao PIDESC

Em novembro de 2012 aprovou-se o regulamento vigente do Protocolo Facultativo ao PIDESC. Sob nenhuma hipótese o CDESC receberá uma denúncia proveniente de um Estado que não seja parte do PIDESC e de seu Protocolo Facultativo. Esta deverá, ademais, ser apresentado por escrito e nunca ser anônima²⁹.

O artigo terceiro do Protocolo ilumina as informações que deverão estar necessariamente esclarecidas pelo autor ou pelos autores da denúncia. Estas são cruciais para o curso da denúncia porque identificarão as partes nela envolvidas, o objetivo da comunicação, os fatos que a fundamentam, o que foi feito para cumprir com a regra do esgotamento dos recursos da jurisdição interna, se o assunto já foi ou não apresentado a outro procedimento internacional, e, o artigo ou artigos do PIDESC cuja violação se denuncie. Senão ainda, serão necessários o nome, o endereço, a data de nascimento, a ocupação do autor ou dos autores e o comprovante de identidade destes³⁰.

O sétimo artigo do regulamento consagra as medidas provisórias de proteção. Através desse artigo resta claro que o Comitê, uma vez recebido a denúncia de violação de um dos artigos do PIDESC por um de seus Estados partes, poderá, em circunstâncias excepcionais e antes de tomar uma decisão sobre o mérito do caso, transmitir ao Estado parte interessado, para seu exame urgente, uma petição no sentido de que se adotem as medidas provisórias que o CDESC considere necessárias para

29 Documento E/C.12/49/3 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas.

30 Artigo 3º do Regulamento Vigente do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

evitar um possível dano irreparável à vítima ou as vítimas da violação denunciada.

Um indivíduo, cidadão de um Estado parte do Protocolo, enviará sua denúncia para o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, quem a registrará e informará de sua existência ao Estado denunciado. Este remeterá ao Comitê seus comentários a ela relativos. O indivíduo então terá a oportunidade de responder aos comentários estatais.

O CDESC considerará, em privado, a argumentação de ambas as partes: denunciante e denunciado. O Comitê decidirá se o Estado violou ou não o PIDESC, comunicando simultaneamente a ambas as partes de sua decisão a esse respeito. Se esta for a de que houve violação de um direito contido no PIDESC, o Estado deverá explicar ao Comitê o que está fazendo para remediar a situação.

Em sua 59^a sessão, o CDESC adotou uma guia sobre a intervenção de terceiros³¹. Quando está examinando uma denúncia individual, o Comitê poderá valer-se, conforme literalidade do artigo 8 de seu Protocolo Facultativo, de informação e documentação relevante a ele submetida por terceiros, sempre e quando a seu juízo estas forem necessárias para a devida conclusão do caso. Desse modo, desde que autorizadas pelo Comitê, entidades e indivíduos podem enviar informações elucidativas do caso em questão. Nesse particular, as ONGs poderão desempenhar um importante papel em aras de ações estratégicas para a consolidação de direitos.

31 CDESC. 59^a Sessão. Realizada entre 19 de setembro a 7 de outubro de 2016.

VI. Os Casos resolvidos pelo CDESC

Até agosto de 2018 o Comitê decidiu 16 casos. Destes, apenas dois foram declarados admissíveis e outros quatorze inadmissíveis. Outro dado curioso é que onze casos foram apresentados contra o mesmo Estado parte. Todos estes enviados por um advogado privado.

A jurisprudência do Comitê ainda é limitada posto que apenas duas queixas tiveram seus méritos apreciados. No caso E/C.12/55/D/2/2014 referente ao direito à moradia adequada, o CDESC concluiu pela violação do direito de acesso à justiça em consequência do tribunal nacional competente não ter tomado todas as medidas necessárias (administrativas e jurídicas) para notificar a vítima sobre a ordem de despejo da instituição bancária por falta de pagamento das prestações de empréstimo para habitação própria. Em consequência, a defesa de seu direito à moradia frente ao tribunal foi negada. O Comitê deu razão à vítima, decidindo que o Estado tem obrigação de lhe garantir uma solução adequada, à luz da interpretação da violação conjunta do artigo 11.1 e do artigo 2.1 do PIDESC, sendo este último artigo o que trata justamente da utilização do máximo de recursos disponíveis. Dentre as reparações encaminhadas pelo Comitê no âmbito dessa denúncia individual encontra-se a garantia da não-repetição, ou seja, o Estado deve evitar violações semelhantes no futuro³².

Já no caso E/C.12/57/D/1/2013, no qual o denunciante é uma pessoa portadora de deficiência e que está privado de liberdade em um centro penitenciário, o Comitê concluiu pela não violação do direito à seguridade social em consequência da discriminação na redução de uma prestação não contributiva. Neste, o CDESC

32 Documento do Conselho Econômico e Social da ONU de nº E/C.12/55/D/2/2104 em sua versão espanhola.

patenteia o entendimento do benefício de seguridade social. No contexto do caso, enquanto o Estado considera os encargos com o alojamento prisional e alimentação de uma pessoa detida como benefício ou forma de apoio, o Comitê afirma seu entendimento de que estando as prestações sujeitas à condição de recursos, com base nos rendimentos da pessoa ou da família, tal condição foi efetivamente alterada com a detenção do denunciante. Entendendo que o Estado deve gerenciar seus recursos da forma mais eficaz, uma prestação não contributiva pode ser eventualmente reduzida se houver uma alteração nas necessidades do beneficiário constitutivas da base de cálculo inicial da prestação³³.

Desse modo, contribui-se a endereçar um caminho originalmente equivocado no regime jurídico dos Direitos Humanos: não mais, apenas os Direitos Cíveis e Políticos podem ser diretamente invocados pelos indivíduos no sistema universal. Desde logo, os DESC também. Para tanto, os Estados devem ratificar o Protocolo Facultativo ao PIDESC. O acesso direto dos indivíduos à justiça internacional é uma condição essencial para a afirmação da universalidade, indivisibilidade e complementaridade dos direitos humanos³⁴.

Às portas da terceira década do Século XXI, o CDESC contempla mecanismos institucionais jurídicos e políticos capazes de responder eficazmente aos seus desafios de promover, proteger e vigiar os direitos econômicos, sociais e culturais contidos no PIDESC e em seu Protocolo Facultativo. A colocá-los em marcha, pois.

33 Documento do Conselho Econômico e Social da ONU de nº E/C.12/57/D/1/2103 em sua versão espanhola.

34 LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *O Brasil e a Convenção Ibero-Americana dos Direitos dos Jovens*. Madrid: OIJ, UNFPA. 2012, p. 28.

VII. As medidas provisórias de proteção no direito internacional dos direitos humanos

As medidas provisórias de proteção são uma faculdade outorgada aos órgãos de proteção dos direitos humanos em virtude da celebração de tratados internacionais. Podem ser adotadas em casos de extrema gravidade e urgência para evitar danos irreparáveis aos indivíduos, cidadãos dos Estados partes do tratado em questão, em assuntos que estejam sob a jurisdição dos órgãos internacionais encarregados de monitorá-lo e velar pelo seu cumprimento. Elas têm sido responsáveis por garantir a dignidade e a existência de centenas de seres humanos: vidas poupadas; integridade física de pessoas resguardada; deportações de menores canceladas; torturas paralisadas; e, atendimentos de saúde realizados. Essas medidas efetivamente salvam vidas e fazem parte dos pilares normativos essenciais da proteção da vida humana no direito contemporâneo como produto evolutivo da consciência jurídica universal das nações civilizadas.

As medidas provisórias de proteção são, por definição, urgentes e temporárias, existindo enquanto as condições que as materializaram persistirem através do tempo. Vale dizer, se os elementos de extrema gravidade e urgência, ademais da necessidade de evitar danos irreparáveis às pessoas continuarem existindo, elas serão consubstanciadas. Como consequência do amadurecimento da consciência jurídica universal, consolidou-se a ideia de que sendo todos os direitos humanos inter-relacionados e indivisíveis tais medidas deveriam proteger não apenas o direito à vida e o direito à integridade pessoal (física, psíquica e moral), mas a totalidade dos direitos humanos e fundamentais.

Quando os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos ordenam tais medidas não significa que estes já tenham declarado ou consideram o Estado culpado. Trata-se de

um remédio jurídico urgente para a preservação de direitos do reclamante no âmbito do caso concreto, cujo mérito será resolvido em um futuro próximo. Portanto, ao ordenar uma medida provisória de proteção, o órgão internacional pertinente não está dizendo ao Estado ordenado que este não esteja cumprindo, já violou ou viola o tratado em questão. Pelo contrário, será a conduta do próprio Estado quem determinará se este viola ou não seus compromissos e obrigações internacionais. Assim sendo, o não cumprimento das medidas provisórias de proteção é o que poderá acarretar o cometimento de um ilícito internacional ensejando a responsabilidade internacional do Estado.

As medidas provisórias de proteção já são uma realidade nos sistemas regionais e universal de proteção dos direitos humanos. Desfilam com desenvoltura instrumental e fática nas jurisdições das Cortes Europeia, Interamericana e Africana de Direitos Humanos. Também no âmbito das denúncias individuais apresentadas ao Comitê de Direitos Humanos, órgão encarregado de supervisionar o cumprimento pelos Estados partes do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos; ou ao Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, órgão que monitora o cumprimento do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu recente protocolo facultativo. Ambos os Pactos, em conjunto com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que esse ano comemora seu 70º aniversário, conformam a Carta Internacional dos Direitos Humanos da ONU.

Na arquitetura da sociedade internacional do Século XXI, quem propõe os remédios jurídicos necessários e decide acerca da violação dos tratados de direitos humanos são seus órgãos de supervisão, que podem ser judiciais e não judiciais. Estes recomendam e aqueles proferem sentenças. Não obstante, ambos podem solicitar medidas provisórias de proteção. Um exemplo de órgão judicial é a Corte Interamericana de Direitos Humanos,

que supervisiona o cumprimento da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Um exemplo de um órgão não judicial é o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU.

As medidas provisórias de proteção, à luz da prática jurídica brasileira, possuem uma dimensão tutelar muito mais do que um caráter cautelar, revelando a importância da dimensão preventiva da proteção dos direitos da pessoa humana. No direito internacional dos direitos humanos a expressão cautelar é mais utilizada no sentido de garantir a eficácia do processo, enquanto a expressão tutelar indica uma proteção para afirmar e garantir a dignidade da pessoa humana.

Em 2008, por exemplo, o Comitê de Direitos Humanos da ONU afirmou em sua Observação Geral nº 33 que se o Estado não cumprir medidas provisórias de proteção estaria atuando incompativelmente com sua obrigação de respeitar o procedimento de comunicações individuais estabelecido pelo seu Protocolo Facultativo. Tal entendimento é pedra angular da sua base institucional fundamental de proteção, iluminando todas as decisões desse Comitê quanto às medidas provisórias de proteção. Os parâmetros sobre os quais esse órgão internacional decide são, portanto, de amplo conhecimento público. E à luz da boa-fé, princípio basilar do direito internacional, seus Estados partes devem cumprir tais medidas de proteção. Não há segredos ou magia jurídica, sempre foi e assim é.

VIII. Conclusão

Na celebração de seu septuagésimo aniversário, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao fundamentar a Carta Internacional dos Direitos Humanos, ilumina-a com os princípios da indivisibilidade, da complementaridade e da universalidade dos

direitos humanos. Com a vigência do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais a cidadania de seus Estados partes poderão recorrer diretamente ao Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU para fazer valer sua dignidade humana ante as arbitrariedades de seus Estados de origem. Com essa nova realidade não apenas os direitos civis e políticos são diretamente exigíveis no sistema de proteção dos direitos humanos das Nações Unidas. Os direitos econômicos, sociais e culturais também o são. Assim sendo, a DUDH, como pilar essencial da Carta Internacional dos Direitos Humanos, possibilitou com que os direitos humanos enrobusteceram-se como um todo coeso e íntegro em prol da afirmação da dignidade humana na sociedade internacional.

La Declaración Universal de Derechos Humanos y la naturaleza evolutiva y multifacética de los derechos humanos

*Mireya Maritza Peña Guzmán**

“...[L]a libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (...)”

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Preámbulo

La Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante la DUDH o la Declaración Universal) proclama los derechos y las libertades de todos y todas sin importar género o sexo, raza o color, idioma, edad, religión, opinión política, posición económica, origen nacional o social, o cualquier otra condición, opinión o posición que pueda ser utilizada para discriminar de manera negativa a cualquier persona¹. Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante

* Jefe de la Sección de Derechos Humanos de la Oficina Integrada de las Naciones Unidas para la Construcción de la Paz en Guinea-Bissau y Representante de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guinea-Bissau. Las opiniones expresadas en este artículo son responsabilidad exclusiva de la autora y no reflejan, necesariamente, los puntos de vista de la Organización de las Naciones Unidas, ni de ningún otro órgano, entidad o institución internacional con los que pueda ser o estar asociada la autora.

1 Artículo 2 de la DUDH.

la ONU) el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal fue concebida como “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”².

Con miras a contribuir a la celebración del septuagésimo aniversario de la DUDH y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [sic]³ impulsada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, el presente artículo discute el inestimable aporte de la Declaración Universal en tres áreas fundamentales de la teoría y la práctica de los Derechos Humanos: (I) la internacionalización y el desarrollo progresivo de los derechos humanos; (II) el reconocimiento de los derechos colectivos; y (III) el entendimiento del papel multifacético de los derechos humanos en el mundo contemporáneo.

I. La DUDH y la internacionalización y el desarrollo progresivo de los derechos humanos

Existe evidencia histórica sobre la existencia de la noción de derechos inherentes a la persona humana en culturas de todos los continentes y la Declaración Universal fue elaborada por expertos y expertas de todas las regiones del mundo, representando la diversidad cultural y jurídica de la época⁴. En la actualidad, el carácter universal de los derechos humanos es aceptado globalmente, pese a que hasta hace algunos años encontrábamos autores y activistas que solían calificarlos como una creación de

2 Prólogo de la DUDH.

3 Entiéndase “el ser humano”.

4 Cançado Trindade, Antonio. *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Biblioteca Virtual de las Naciones Unidas, 1998, p.1. Disponible en http://legal.un.org/avl/pdf/ha/udhr/udhr_s.pdf

occidente⁵. Esa aceptación global también se da en lo relativo a la importancia de tener en cuenta, en los esfuerzos por la promoción y la protección de los derechos humanos, “las particularidades nacionales y regionales” y “los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos” tal como se reconoció en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizada en Viena, en 1993⁶.

La Declaración Universal internacionalizó los derechos humanos, constituyéndose en el instrumento jurídico fundacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante el DIDH). Recordemos que este último constituye el conjunto de normas y principios internacionales que propenden por la promoción, garantía y protección efectiva y universal de los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional contemporáneo. Pese a posiciones divergentes en la materia, el DIDH es generalmente considerado como una rama del derecho internacional contemporáneo⁷, aunque aún existe controversia

5 Véase, por ejemplo, Sen, Amartya. *Human Rights and Asian Values*, en Sixteenth Morgenthau Memorial Lecture on Ethics and Foreign Policy, Carnegie Council on Ethics and International Affairs, New York, 1997, disponible en <https://www.carnegiecouncil.org/publications/archive/morgenthau/254>

6 *Declaración y Programa de Acción de Viena*, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, ONU Doc. A/CONF.157/23 (1993), párr. 5.

7 Nótese que Martti Koskeniemi, en su informe sobre la fragmentación del derecho internacional, evocando algunas decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que “el Convenio Europeo de Derechos Humanos no es un régimen autónomo, ni se lo concibió como tal, en el sentido de que se impide recurrir a las normas generales del derecho. Por el contrario, el Tribunal menciona constantemente el derecho internacional general, en la presunción de que los derechos establecidos en el Convenio se deben interpretar en armonía con ese derecho general y sin presumir a priori que se debe dar prioridad a los derechos establecidos en el Convenio”. Koskeniemi, Martti. *Fragmentación del derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU Doc.

con respecto a su caracterización como “régimen autónomo”⁸ del mismo.

El DIDH cuenta en la actualidad con una amplia variedad de mecanismos a nivel internacional, regional y subregional. Entre estos se incluyen los mecanismos políticos como, por ejemplo, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (en adelante el CDH-ONU)⁹; los mecanismos judiciales, como las cortes regionales de derechos humanos¹⁰ y los extrajudiciales, entre los cuales se ubican las relatorías regionales especiales¹¹ y los mecanismos creados

A/CN.4/L.682), 13 de abril de 2006, p. 98.

- 8 La expresión “régimen autónomo del derecho internacional” denota: (i) el conjunto especial de normas secundarias que establece las consecuencias del incumplimiento de determinadas normas primarias (incluso procedimientos para dicha determinación); (ii) cualquier grupo interrelacionado (conjunto, régimen o subsistema) de normas aplicables a un problema limitado junto con las normas para la creación, interpretación, aplicación, modificación o extinción de esas normas; (iii) las ramas del derecho internacional que se presumen funcionan del mismo modo que los regímenes autónomos y afirman regirse por sus propios principios. *Cfr.* Koskenniemi, Martti. *Fragmentación del derecho internacional...*, p. 92. Es así como la expresión “régimen autónomo”, en sentido amplio, indica las disposiciones convencionales que versan sobre una misma cuestión; en sentido restringido, hace referencia a un conjunto especial de normas secundarias (por ejemplo, las normas sobre derecho diplomático) cuya primacía se invoca sobre las normas generales; en sentido académico, se utiliza para describir esferas completas de especialización funcional en lo relativo a la aplicación de normas y técnicas especiales de interpretación y administración (por ejemplo, derechos humanos, derecho internacional humanitario y otros). *Cfr.* Pagliari, Arturo Santiago. *Fragmentación del derecho internacional. Aplicación y efectos*, 2009, p. 145, disponible en <http://www.oas.org/dil/esp/6%20-%20pagliari.127-184.pdf>.
- 9 ONU. *Resol.60/251. Consejo de Derechos Humanos*, ONU Doc. A/RES/60/251 (2006).
- 10 Véase Corte Europea de Derechos Humanos, disponible en <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home> y Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/>
- 11 Las relatorías de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pueden consultarse en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/relatorias.asp> y las de la

por el CDH-ONU tales como los procedimientos especiales¹², las comisiones de investigación¹³ y el Examen Periódico Universal (en adelante el EPU)¹⁴. También encontramos los mecanismos que tienen por objeto el monitoreo y seguimiento de la implementación de los tratados internacionales¹⁵ y que incluyen reportes periódicos a comités de monitoreo y seguimiento, como el Comité de Derechos Humanos¹⁶, y a organismos especializados

Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos en <http://www.achpr.org/mechanisms/>

- 12 CDH-ONU. *Resol.5/1. Construcción institucional del Consejo de Derechos Humanos*, Anexo, párrs. 39 a 64, 18 de junio de 2007; ; CDH-ONU, *Resol.16/21. Examen de la labor y el funcionamiento del Consejo de Derechos Humanos*, Anexo, párrs. 22 a 34, 25 de marzo de 2011; ONU. *Resol.65/281. Examen del Consejo de Derechos Humanos*, ONU Doc. A/RES/65/281 (2011), Anexo, párrs. 22 a 34.
- 13 Véase, por ejemplo, CDH-ONU. *Res.S-15/1. Situación de los derechos humanos en la Jamahiriya Árabe Libia*, párr. 11, 25 de febrero de 2011. A través de esta, el CDH-ONU decide enviar con urgencia una comisión internacional independiente encargada de investigar todas las presuntas violaciones de las normas internacionales de derechos humanos en la Jamahiriya Árabe Libia, determinar los hechos y las circunstancias de tales violaciones y de los delitos perpetrados, y –cuando fuese posible– identificar a los responsables y hacer recomendaciones, en particular sobre medidas de rendición de cuentas. Véase, también, CDH-ONU. *Resol. S-16/1. La situación actual de los derechos humanos en la República Árabe Siria en el contexto de los acontecimientos recientes*, párr. 7, 29 de abril de 2011; y Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. *Resol.2127. La situación en la República Centroafricana*, párr. 24, 5 de diciembre de 2013. Dichas resoluciones establecen comisiones independientes para Siria y la República Central Africana respectivamente.
- 14 CDH-ONU. *Resol.5/1...*, Anexo, párrs. 1 a 38, 18 de junio de 2007; CDH-ONU. *Resol.16/21...*, Anexo, párr. 1.21; y ONU. *Resol.65/281. Examen del Consejo de Derechos Humanos...*, Anexo, párrs. 1al 21.
- 15 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Situación de la presentación de informes ante los órganos de tratados de derechos humanos*, 2013, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx>
- 16 El Comité de Derechos Humanos fue creado en virtud del artículo 28 del PIDCP para supervisar la aplicación del mismo por sus Estados parte. Es un órgano

de la ONU, como la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (en adelante la UNESCO)¹⁷ y la Organización Internacional del Trabajo (en adelante la OIT)¹⁸.

Por último, encontramos los mecanismos cuasijudiciales o cuasiconciliatorios como, por ejemplo, los sistemas de peticiones individuales ante las comisiones regionales de derechos humanos¹⁹, ante los comités de monitoreo y seguimiento de los tratados o ante los procedimientos especiales del CDH-ONU²⁰; y, finalmente, los mecanismos o procedimientos confidenciales

compuesto por dieciocho expertos y tiene competencia para examinar los informes presentados por los Estados en virtud del artículo 40 del PIDCP y presentar sus conclusiones y recomendaciones en forma de observaciones generales. En virtud del artículo 41 del PIDCP, el Comité está facultado para examinar denuncias entre Estados; el Primer Protocolo Facultativo del PIDCP le otorga competencia para examinar las denuncias de los particulares en relación con supuestas violaciones de derechos reconocidos en el PIDCP.

- 17 Véase por ejemplo, UNESCO. *Aplicación de la Convención de 2003 a nivel nacional: presentación de informes periódicos*, 2014, disponible en <http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?lg=es&pg=00460>
- 18 OIT. *Constitución de la Organización Internacional del Trabajo*, artículo 19, números 5 (e) y 6 (d) y artículo 22. Dichas provisiones consagran la obligación de los Estados miembros de informar sobre la implementación de los tratados que han ratificado, así como sobre la normatividad y práctica con respecto a las recomendaciones realizadas por la OIT y a las disposiciones de tratados en materia de derecho laboral que aún no han sido ratificados, disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID.P62_LANG_CODE:2453907.es
- 19 El sistema de peticiones individuales ante la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos puede consultarse en <http://www.achpr.org/communications/> y el de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/peticiones.asp>
- 20 Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Human Rights Bodies-Complaint Procedures*, 2014, disponible en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/HRTBPetitions.aspx>

como los procedimientos de denuncia ante el mismo CDH-ONU²¹ y de presentación de reclamaciones ante la OIT²².

El DIDH estuvo fuertemente influenciado por los derechos nacionales desde sus orígenes. Textos jurídicos ingleses²³, estadounidenses²⁴, franceses²⁵ y rusos²⁶ contribuyeron al proceso de constitucionalización, internacionalización y posterior universalización de los derechos humanos. Es así como, en sus

21 CDH-ONU. *Resol.5/1...* párrs. 85 a 109.

22 La OIT cuenta con un procedimiento de reclamación con respecto a la aplicación de convenios ratificados, un procedimiento de queja con respecto a la aplicación de convenios ratificados y un procedimiento especial de queja ante el Comité de Libertad Sindical por violaciones al derecho a la libertad sindical. Véase OIT. Aplicación y promoción de normas, 2014, disponible en <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/lang-es/index.htm>

23 Entre los textos jurídicos ingleses podemos mencionar *The Petition of Rights* (1628), que consagra derechos personales y patrimoniales; *The Habeas Corpus Act* (1679), que prohíbe la detención sin mandato judicial y establece la obligación de poner al detenido a disposición judicial en un plazo máximo de 20 días; y *The Bill of Rights* (1689), que prohíbe –entre otros asuntos– la imposición de castigos crueles e inusuales y de multas excesivas.

24 Entre los textos jurídicos estadounidenses podemos mencionar la Declaración de Virginia del 12 de junio de 1776 y la Declaración de Independencia del 4 de julio de 1776 que incorpora la noción de “ciertos derechos inalienables” como el derecho a la vida, el derecho a la libertad y el derecho a la búsqueda de la felicidad.

25 La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fue adoptada el 26 de agosto de 1789. Esta fundamenta los derechos humanos en la propia naturaleza y dignidad inherente al “hombre” y se refiere al derecho a la igualdad, que concibe como igualdad de oportunidades para acceder al poder público y como igualdad ante la ley, que debe ser la misma para todos, sea para proteger o sancionar. En el artículo 4 de dicha Declaración puede verse claramente la influencia del derecho natural, ya que menciona explícitamente los derechos “naturales” de los “hombres”.

26 La Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado fue adoptada el 4 de enero de 1918. En esta, producto de la revolución industrial del siglo XIX, encuentran expresión las reivindicaciones económicas y sociales de la clase trabajadora. La misma propende a la eliminación de la división de clases sociales.

primeras manifestaciones, el DIDH también estuvo fuertemente influenciado por ideologías políticas.

Recordemos que los antecedentes históricos de la distinción entre derechos civiles y políticos –o de primera generación– y derechos económicos, sociales y culturales –o de segunda generación– se hallan en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789) y en la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado (Rusia, 1918). Es importante resaltar, sin embargo, que la Declaración Universal no establece categorías de derechos humanos. Pese a esto, aunque inspirados por la DUDH, los dos tratados internacionales en materia de derechos humanos adoptados en 1966 son el reflejo de la bipolaridad mundial que caracterizó dicha época.

Sobre la base de distinciones teóricas que correspondieron a dicha bipolaridad mundial que prevaleció hasta mediados del siglo XX, las teorías sobre la clasificación y la tipología de los derechos humanos enfatizaron en la división y diferente caracterización jurídica entre los derechos humanos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante los DESC). Este debate se basaba, entre otras cuestiones, en la percepción errada de que el cumplimiento y el respeto de los derechos humanos podían ser garantizados a través de los tribunales nacionales solamente en el caso de los derechos civiles y políticos, ya que los DESC habrían sido concebidos como simples metas sociales u objetivos políticos realizables a través de políticas públicas. Este argumento reposaba en las diferencias en la redacción del texto de las obligaciones estatales que emanan del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante el PIDESC), cuyo objetivo fue traducir en obligaciones internacionales las provisiones de la Declaración Universal. En la actualidad existe un acervo

importante de decisiones judiciales que ilustran la justiciabilidad de los DESC²⁷, con el cual se ha desvirtuado la percepción errada descrita anteriormente²⁸.

Previo al proceso de internacionalización de los derechos humanos iniciado con la creación de la ONU en 1945 y la adopción de la Declaración Universal en 1948, las constituciones mexicana de 1917 y alemana de 1919 habían reconocido los derechos humanos sin realizar distinciones o consagrar preferencias ideológicas entre los mismos. No obstante, es solo a partir de 1948 cuando en Europa las constituciones comienzan a incorporar elementos de las declaraciones de derechos, haciendo énfasis en los civiles y políticos o bien en los DESC, en función de

27 Cfr. Contarini, Eugenia y otros. *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable*, Programa Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Buenos Aires, Argentina, diciembre de 1999, 93 p., disponible en http://www.escr-net.org/usr_doc/JusticiabilidadDESC.pdf; de Roux, Carlos Vicente y Ramírez, Juan Carlos (editores). *Derechos económicos, sociales y culturales, Economía y Democracia*, Comisión Económica para América Latina (CEPAL), Serie Estudios y Perspectivas, Bogotá, 2004, 45 p., disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4811/1/S044209_es.pdf; Comisión Internacional de Juristas. *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative experiences of justiciability*, Ginebra, 2008, pp. 13 et ss., disponible en https://www.humanrights.ch/upload/pdf/080819_justiziabilitt_esc.pdf; Comisión Internacional de Juristas. *Judicial Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*, Geneva Forum Series No.2, Geneva, 2015, pp. 7 et ss., disponible en <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2015/07/Universal-Judicial-Enforcement-ESCR-Geneva-Forum-Series-2-Publications-Conference-Report-2015-ENG.pdf>; Gauri, Varun y Brinks, Daniel M., *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, 353 p., disponible en <https://pgppij.files.wordpress.com/2017/11/gauri-e-brinks-courting-social-justice-completo.pdf>

28 Véase, por ejemplo, Consejo Económico y Social. *Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y directrices de Maastricht sobre las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales*, ONU Doc. E/C.12/2000/13, 2000.

la ideología a la que cada país se adscribía. En la actualidad, los derechos humanos son reconocidos en las constituciones políticas de países de todas las regiones del mundo²⁹, en muchas de las cuales se menciona explícitamente la DUDH, como en el caso de las constituciones de Francia y Guinea-Bissau.

En las últimas décadas, una parte de la doctrina también ha reavivado el debate sobre las denominadas “generaciones de derechos humanos”. Se ha señalado, por ejemplo, que la expansión hacia la denominada “tercera generación de derechos humanos” –que incluye generalmente los derechos al medio ambiente, a la paz, al desarrollo y al patrimonio común de la humanidad– se sitúa en el contexto del cambio de un paradigma discursivo basado en una ideología moderna de individualismo y homogeneidad a uno basado en el multiculturalismo y en las políticas de protección de las diferencias³⁰. Esta clasificación de los derechos humanos en generaciones ha sido criticada, entre otras razones, por considerarse que desnaturaliza la noción misma de derechos humanos al reconocer algunos derechos cuyos destinatarios son colectividades difícilmente identificables, como la humanidad en su conjunto en el caso de los derechos a la paz y al patrimonio común de la humanidad³¹.

29 Cfr. Cançado Trindade, Antonio. *La Declaración Universal...*, p.2.

30 Kruckenbergl, Lena J. “The UNreal world of human rights. An ethnography of the UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination”, *Colección Law and Society*, N° 5, ediciones Nomos, Alemania, 2012, p. 51.

31 Cfr. Turgis, Sandrine. *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, éditions A. Pedone, 2012, pp. 24 y 25. Esta autora sintetiza tres críticas a la clasificación de los derechos humanos en generaciones: (i) La distinción entre derechos de primera y segunda generación, que fue realizada sobre la base de la inversión que se requiere del Estado para su implementación, se contradice a sí misma ya que algunos de los derechos civiles y políticos implican también obligaciones positivas por parte de los Estados y los derechos económicos, sociales y culturales no necesariamente requieren importantes inversiones económicas por parte de aquellos para su realización; (ii)

Asimismo, desde comienzos del nuevo milenio también se habla de una “cuarta generación de derechos humanos” que incluiría los contemplados desde una perspectiva bioética de protección de la dignidad humana³²; por ejemplo, los que conceden una protección especial a las personas que carecen de la capacidad de dar su consentimiento para proceder a investigaciones y prácticas médicas con miras a prevenir eventuales abusos en el uso del conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas.³³ Recordemos que la protección de la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos, fue internacionalizada por la Declaración Universal.

Recordemos también que el fundamento de los derechos humanos estuvo fuertemente influenciado en sus inicios por la dialéctica entre las escuelas de pensamiento del derecho natural y del derecho positivo. Dicha dialéctica también se vislumbra claramente en el texto de la DUDH como será ilustrado a continuación.

En efecto, para los iusnaturalistas, las disposiciones del derecho natural –definido como aquel que emana de la naturaleza– eran la fuente principal de las libertades y de los derechos humanos universales cuya base se encontraba en la noción de *dignitas* (dignidad humana). Para los iuspositivistas, la única fuente de

el objeto jurídico de los derechos humanos de la tercera generación es impreciso y, por ende, su protección jurídica es bastante delicada y aún imposible; (iii) no es posible hablar de generaciones de derechos humanos debido a la interrelación entre todos estos.

32 Cfr. Helmons, Silvio Marcus. *La quatrième génération des droits de l'homme*, en *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp.249 a 559; y Cfr. Benard, George. *Vers des droits de l'homme de la quatrième génération*, en Vasak, Karel. *Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, LGDG, 1999, pp. 91 a 94.

33 Cfr Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, Conferencia General de la UNESCO, 2005.

los derechos subjetivos era el derecho positivo; es decir, aquel que es elaborado y promulgado por los Gobiernos, siendo la noción de soberanía estatal y la importancia del “Estado de Derecho”³⁴ algunos de los principales legados conceptuales del iuspositivismo.

Las corrientes de pensamiento iusnaturalista y iuspositivista ejercieron notable influencia en el desarrollo histórico conceptual de los derechos humanos y se vislumbran claramente, entre otros, en el preámbulo de la Declaración Universal. Por ejemplo, la idea de dignidad humana promovida por el iusnaturalismo y el cristianismo³⁵, e incorporada tanto en los textos de la Declaración de Independencia estadounidense como en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, fue incluida claramente en el preámbulo de la Declaración Universal al señalar “que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”³⁶. La importancia del derecho positivo y la del “Estado de Derecho” también fueron incorporadas en dicho preámbulo al considerar

34 El Estado de derecho es generalmente definido como aquel principio de gobernabilidad en virtud del cual todas las personas, el Estado y sus instituciones deben someterse al imperio de la ley. Cfr. ONU. *El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Informe del Secretario General*, Consejo de Seguridad, (Documento S/2004/616), 3 de agosto de 2004, párr.7.

35 Platón y Aristóteles incorporaron la noción de dignidad humana en su concepción del derecho natural. No obstante, dicha noción fue desarrollada en la Edad Media por Santo Tomás de Aquino quien sostuvo que la dignidad humana deriva de la unión del hombre con Dios, ya que este fue creado a su imagen y semejanza. Cfr. De Aquino, Santo Tomás. *Suma de Teología V, parte III e índices*, Arenillas Sangrador, Pedro y otros (colaboradores), Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1994, p. 303, disponible en [http://www.ustamed.edu.co/biblioteca/pdfs/Suma%20Teologica/Suma%20Teologica%20Parte%20III%20\(vol%205\).pdf](http://www.ustamed.edu.co/biblioteca/pdfs/Suma%20Teologica/Suma%20Teologica%20Parte%20III%20(vol%205).pdf)

36 Preámbulo de la DUDH, considerando primero.

“esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre [sic]^{37*} no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”³⁸.

Diversos instrumentos jurídicos internacionales contemporáneos también hacen referencia a la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos, confirmando la internacionalización de dicha noción a través de la Declaración Universal. Notemos, por ejemplo, que la Declaración de Viena adoptada en 1993 –en el marco de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos– señala en su preámbulo que “todos los derechos humanos tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana, y que ésta es el sujeto central de los derechos humanos y las libertades fundamentales”³⁹.

II. La Declaración Universal de Derechos Humanos y los derechos humanos colectivos

En la época contemporánea, la teoría y la práctica en materia de derechos humanos no solo reconocen la existencia de derechos humanos individuales cuyos titulares son los seres humanos individualizados, sino también los derechos humanos colectivos de los cuales son sujetos grupos con ciertas características como los pueblos y los indígenas.

37 Entiéndase “el ser humano”.

38 Preámbulo de la DUDH, considerando tercero.

39 ONU. *Declaración y Programa de Acción de Viena*, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, ONU Doc. A/CONF.157/23 (1993).

Notemos, de una parte, que el artículo primero común al PIDCP y al PIDESC adoptados en 1966, reconoce el derecho colectivo de todos los pueblos a la libre determinación; este es un “derecho inalienable” que a juicio del Comité de Derechos humanos⁴⁰ “reviste especial importancia, ya que su ejercicio es una condición esencial para la eficaz garantía y observancia de los derechos humanos individuales y para la promoción y fortalecimiento de esos derechos”⁴¹.

De otra parte, notemos que los derechos humanos colectivos también han sido reconocidos en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada en 2007⁴². El preámbulo de dicho instrumento jurídico reconoce y reafirma que “los indígenas tienen sin discriminación todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos”⁴³. Asimismo, en su artículo primero este instrumento internacional señala que “[l]os indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos”⁴⁴.

40 Véase *supra* nota 16.

41 ONU. *Observación General No.12. Artículo 1. Derecho de libre determinación*, párrs. 1 y 2; y Comité de Derechos Humanos. *Comentarios Generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos*, ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (1984), p.152, párr. 1.

42 *Cfr.* ONU. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, ONU Doc. A/RES/61/295(2007); *Cfr.* OIT. *Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes (núm.169)*, 27 de junio de 1989.

43 *Cfr.* ONU. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, ONU Doc. A/RES/61/295(2007); considerando vigésimo segundo.

44 ONU. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas...*, artículo 1.

Pese a que algunos actores se oponen al reconocimiento de los derechos humanos colectivos, podemos afirmar –sin temor a equivocarnos– que el debate sobre la existencia y el reconocimiento internacional de los derechos humanos individuales y colectivos ha sido superado a nivel jurídico en el plano internacional. Notemos así mismo que la Declaración Universal sentó las bases para el reconocimiento de los derechos humanos colectivos, tal como lo demuestra una breve comparación de algunas de las disposiciones de esta y de la Declaración Universal de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Ver anexo I).

III. La Declaración Universal y el papel de los derechos humanos en el mundo contemporáneo

El papel que desempeñan los derechos humanos en el mundo contemporáneo es multifacético. Para algunos, estos representan el lenguaje universal de las necesidades humanas básicas, de acuerdo con las nociones de dignidad e igualdad de la persona humana⁴⁵; para otros, son la materialización de la noción kantiana de imperativo categórico⁴⁶.

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

46 Para Kant, un imperativo es una proposición que declara una acción o una inacción como necesaria. El imperativo categórico denota un mandamiento u obligación absoluta, incondicional, autoevidente, que no requiere justificación externa y que debe aplicarse bajo toda circunstancia. La noción de imperativo categórico se opone a la noción de imperativo hipotético, que implica un mandamiento cuyo cumplimiento no es obligatorio o cuya obligatoriedad dependería del cumplimiento de ciertas circunstancias. Véase, Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1785.

Desde una perspectiva ético-filosófica, los derechos humanos son un conjunto de prerrogativas que expresan aspiraciones o ideales en el marco de una propuesta ética de cambio social basada en los conceptos de dignidad humana, libertad, igualdad y participación. Dicha propuesta ética es respaldada en el ámbito de lo jurídico a través de su positivización en los niveles internacional, regional, subregional y nacional. La Declaración Universal internacionaliza esta perspectiva. Recordemos que esta concibe los derechos humanos, entre otros, como “ideal común”⁴⁷ cuyo fundamento es “la dignidad de la persona humana”⁴⁸. La DUDH también insiste en el respeto de los derechos humanos como prerequisite de la libertad⁴⁹, reconociendo que la igualdad y la participación son elementos esenciales para el goce de los derechos humanos⁵⁰.

Desde una perspectiva política, los derechos humanos son un criterio determinante de la legitimidad de los Estados frente a la comunidad internacional⁵¹. Así, en la medida en que un Estado

47 Preámbulo de la DUDH.

48 Preámbulo de la DUDH, considerando primero.

49 *Ibíd.*

50 *Cfr.* Artículos 10, 21 y 27 de la DUDH.

51 La expresión “comunidad internacional” es bastante controvertida dado su carácter abstracto y muchas veces ambiguo. En este contexto me refiero al mismo como “la comunidad de Estados que incluye los gobiernos que los representan”. Dicha definición fue propuesta por James Patrick Flood, quien distingue la comunidad de instituciones y los organismos creados para ejecutar e implementar las decisiones políticas colectivas, pese a que la línea que separa las políticas públicas de su ejecución sea difícil de trazar. En su opinión, aunque las organizaciones no gubernamentales y los medios de comunicación participan en la actualidad en las discusiones en materia de derechos humanos, dichos actores no se encuentran incluidos en la expresión “comunidad internacional” ya que estos solo gozan de voz pero no de voto en la toma de decisiones y en la implementación efectiva de las políticas públicas adoptadas. Flood, James Patrick. *The Effectiveness of UN Human Rights Institutions*, Praeger Publishers, 1998, p. 3.

demuestra su compromiso con el respeto y la protección de los derechos humanos, su Gobierno se considera legítimo en el plano político internacional y –por tanto– sus prácticas también lo son. Esta función de los derechos humanos es respaldada por la Carta de la ONU –entre otros, con el principio de igualdad soberana⁵²– y por algunos de los mecanismos de derechos humanos establecidos por dicha organización como el EPU, a través del cual el CDH-ONU examina en pie de igualdad la situación de derechos humanos en todos sus Estados miembros⁵³. Pese a lo anterior, esta función de los derechos humanos ha sido bastante criticada⁵⁴ debido –entre otras razones– a la actual configuración del Consejo de Seguridad de la ONU⁵⁵ y a varias prácticas que sugieren una aplicación inequitativa de ciertos principios del derecho internacional entre los Estados⁵⁶.

52 Artículo 2, párr., 1 de la Carta de la ONU.

53 CDH-ONU, *Resol.5/1*... párr. 1 y ss.

54 Glasius, Marlies. *The International Criminal Court. A global civil society achievement*, Routledge, Nueva York, 2006, p.117 y ss.

55 El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas está compuesto por quince miembros, de los cuales cinco son permanentes (China, Estados Unidos, la Federación Rusa, Francia y el Reino Unido) y diez son elegidos por la Asamblea General para un período de dos años. Véase, artículo 23 de la Carta de la ONU.

56 Kosenniemi, Martti. “The Politics of International Law - 20 years Later”, *The European Journal of International Law*, Vol. 20, N° 1, 2009, pp.7 a 19, disponible en <http://www.ejil.org/pdfs/20/1/1785.pdf>. Refiriéndose al carácter eminentemente político del derecho internacional y criticando, entre otros, la reinterpretación de vocablos como el de los derechos humanos en términos de las preferencias de nuevos intereses sectoriales, tales como la seguridad o la propiedad privada. Véase también Kosenniemi, Martti. *International Law and Hegemony: A Reconfiguration*, Cambridge Review of International Affairs, 2004, pp.197-218; Preuss, Ulrich K., “Equality of States - Its Meaning in a Constitutionalized Global Order”, *Chicago Journal of International Law*, Vol.9, No.1, 2008, pp.17 a 49 ; Geis, Anna. “The ‘Concert of Democracies’: Why some states are more equal than others”, *International Politics*, N° 50, marzo de 2013, pp. 257 a 277; Kunowah-TinuKiellow, Mohamed. *To what extent are all States really equal under international law?*, Sierra Express Media, March

Pese a estas críticas, en el ámbito de las relaciones internacionales los derechos humanos siguen siendo concebidos como una propuesta ética global respaldada por medidas jurídicas y políticas. Recordemos –como ya se apuntó– que la DUDH los caracteriza como un “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”⁵⁷, cuyo “reconocimiento y aplicación universales y efectivos [deben garantizarse] tanto entre los pueblos de los Estados Miembros [de la ONU] como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción”⁵⁸.

En el ámbito jurídico-internacional, los derechos humanos son considerados garantías jurídicas universales encaminadas a proteger a los individuos y a los grupos contra acciones y omisiones en detrimento de la dignidad humana y/o que interfieren con el reconocimiento y pleno goce de las libertades y los derechos fundamentales⁵⁹. Dichas garantías han sido codificadas en diversos instrumentos jurídicos de carácter internacional, regional, subregional y nacional e implican las obligaciones estatales de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos⁶⁰.

2010, disponible en <http://www.sierraexpressmedia.com/archives/6622>; Morgan, Glyn. *The idea of a European Superstate: Public Justification and European Integration*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 2005, pp. 139 et ss; Castles, Stephen. “Hierarchical Citizenship in a World of Unequal Nation-States”, *Political Science and Politics*, **Volume 38**, **Issue 4**, October 2005, pp. 689-692, disponible en http://journals.cambridge.org/download.php?file=%2FPCS%2FPCSC38_04%2FS1049096505050353a.pdf&code=885cd9a1e32aa6a7968140bc4db80943

57 Preámbulo de la DUDH.

58 *Ibíd.*

59 Véase Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de los derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*, (Pregunta 1. Que son los derechos humanos?), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2006, p.1, disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf>

60 *Cfr.* Artículos 2 del PIDCP y del PIDESC. Véase, también, Consejo Económico

En el plano internacional, los derechos humanos han sido reconocidos como obligaciones *erga omnes* -aquellas que por su naturaleza conciernen a toda la comunidad internacional de Estados⁶¹. Estas obligaciones deben distinguirse de las *erga omnes partes* – aquellas en las que todos los Estados parte de un tratado específico tienen interés en que se cumplan en un caso determinado⁶². Las obligaciones estatales emanadas de los derechos humanos incluyen tres aspectos fundamentales. En primer lugar se encuentra el respeto de los derechos humanos, en virtud del cual los Estados deben abstenerse de interferir o limitar su disfrute; en segundo lugar está la de protegerlos, que les exige tomar medidas para asegurarse de que terceras personas no interfieran en el disfrute de los derechos humanos; por último se ubica la realización de los mismos, la cual les demanda adoptar medidas para facilitar dicho disfrute.

Notemos, sin embargo, que si bien son los Estados los obligados a proteger los derechos humanos y a garantizar su pleno goce –principalmente en virtud de sus compromisos derivados

y Social. *Principios de Limburgo relativos a la aplicación...*

61 Cfr. Corte Internacional de Justicia. *Caso Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España)*, sentencia del 5 de febrero de 1970, Reports 1970, p.32, párr. 33.4. En este caso, la Corte Internacional de Justicia señaló que los derechos humanos constituyen obligaciones *erga omnes*, que son aquellas que por su naturaleza conciernen a todos los Estados; son obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto.

62 Cfr. Corte Internacional de Justicia. *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, sentencia del 20 de julio de 2012, párr. 68. En este caso, la Corte Internacional de Justicia –al referirse a la Convención contra la Tortura– recordó lo mencionado en el caso referido en la nota anterior y precisó que “las obligaciones en cuestión son debidas por todo Estado parte a todos los demás Estados parte en la Convención y que, en consecuencia, todos los Estados parte ‘tienen un interés jurídico’ en la protección de los derechos del caso [...] y que esas obligaciones se pueden definir como ‘obligaciones *erga omnes partes*’, en el sentido de que todos los Estados parte tienen interés en su cumplimiento en un caso determinado”.

de tratados internacionales—, los derechos humanos también implican la responsabilidad de otros actores⁶³. Recordemos que la Declaración Universal —al realizar un llamamiento en su preámbulo a todos “los individuos” y “las instituciones” a que “promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos”⁶⁴— establece de manera tácita la responsabilidad social de otros actores frente a la realización de los derechos humanos. Observemos que en la actualidad resulta claro que la responsabilidad frente a la protección de los derechos humanos también incluye a los individuos singularizados, siendo esta una de las razones por las que el derecho penal internacional sanciona —entre otras— las más graves violaciones de derechos humanos.

Asimismo, a nivel internacional se ha clarificado que el sector privado⁶⁵ —empresas⁶⁶ y entidades financieras⁶⁷, por ejemplo— tiene

63 ONU. *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, ONU Doc. A/RES/53/144 (1998).

64 Preámbulo de la DUDH, considerando último.

65 Véase ONU. *UN Global Compact Academy*, 2000, disponible en http://www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/documentos_en_espanol.html; véase, también, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *¿Quién debe rendir cuentas? Los derechos humanos y la agenda para el desarrollo 2015*, Center for Economic and Social Rights, Nueva York y Ginebra, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/WhoWillBeAccountable_sp.pdf

66 Véase Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Guía para la interpretación*, Nueva York y Ginebra, 2012.

67 *Cfr.* Van Genugten, Willem y otros “Tilburg Guiding Principles on World Bank, IMF and Human Rights” en *World Bank, IMF and Human Rights*, van Genugten, Willem y otros (editors), Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2003, pp. 247 a 255, disponible en https://pure.uvt.nl/ws/files/564925/TILBURG_.PDF

entre otras responsabilidades la de abstenerse de violar derechos humanos y de reparar a las víctimas por graves violaciones a los mismos.

Los actores no estatales también tienen obligaciones en materia de derechos humanos. Notemos, sin embargo, que las violaciones atribuidas a estos pueden implicar también –en muchas ocasiones– la responsabilidad estatal. Este es el caso cuando actores no estatales ejercen algún grado de control sobre el territorio o la población de un país; también cuando actúan bajo las instrucciones, dirección o control del Estado y cometen violaciones de derechos humanos. Además, en situaciones en las que los actores no estatales no tienen vínculos con el Estado, puede considerarse que este incumple o viola sus obligaciones en materia de derechos humanos si no ejerce la debida diligencia; es decir, si no hace todo aquello que esté a su alcance para proteger a la población de las violaciones de sus derechos humanos cometidas por actores no estatales.

Consideraciones finales

La Declaración Universal ocupa un lugar privilegiado entre los instrumentos jurídicos de carácter global más influyentes en la historia contemporánea de la humanidad. Traducida en 508 idiomas y dialectos de todas las regiones del mundo⁶⁸, es reconocida como una fuente de interpretación auténtica de las disposiciones en materia de derechos humanos contenidas en la Carta de la ONU y como una fuente de derecho consuetudinario internacional. En efecto, la DUDH sentó las bases conceptuales

68 Véase Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *El proyecto de traducción de la DUDH*, disponible en <https://www.ohchr.org/SP/UDHR/Pages/Introduction.aspx>

para la elaboración de cientos de instrumentos jurídicos habiendo inspirado numerosos tratados y declaraciones internacionales, regionales, y subregionales, así como abundantes disposiciones constitucionales y legales a nivel mundial. Todos los instrumentos jurídicos elaborados sobre la base de la Declaración Universal –tomados en su conjunto– constituyen un amplio sistema jurídico de normas vinculantes sobre la promoción y la protección de los derechos humanos a nivel global⁶⁹. Es por esto que a pesar de tener la naturaleza jurídica de una declaración internacional –es decir, de un instrumento jurídico sin carácter vinculante⁷⁰– actualmente es considerada derecho consuetudinario internacional⁷¹.

La DUDH buscó inspirar y ha inspirado a los Estados, los individuos, las organizaciones y las diversas instituciones –tanto públicas como privadas– para marcar la diferencia en la construcción del camino hacia un orden social e internacional en el que los derechos humanos se hagan plenamente efectivos⁷². La continua y amplia difusión de la DUDH son también un prerrequisito en los esfuerzos hacia la consolidación de la paz y el desarrollo sostenible a nivel mundial.

69 *Ibid.* Véase, también, Cançado Trindade, Antonio. La Declaración Universal... , p.2.

70 Pese a su carácter como instrumentos jurídicos internacionales que no son de obligatorio cumplimiento, las declaraciones proporcionan pautas para el desarrollo y la implementación de los derechos humanos por parte de los Estados, las agencias y las instituciones de derechos humanos. Estas declaraciones también son útiles para la interpretación de las normas por parte de los operadores jurídicos y constituyen evidencia de las normas de derecho consuetudinario internacional. *Cfr.* O'Donnell, Daniel. *Derecho internacional de los derechos humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, segunda edición, México, 2012, p. 63.

71 Véase ONU. *The Foundation of International Human Rights Law*, sf., disponible en <http://www.un.org/en/sections/universal-declaration/foundation-international-human-rights-law/index.html>

72 Artículo 28 de la DUDH.

Anexo I

Cuadro comparativo de algunas de las disposiciones de la DUDH y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS	DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ¹	CONCORDANCIAS	
		INSTRUMENTOS JURÍDICOS	
Artículo/ Derecho	Artículo/ Derecho	TRATADOS	Declaraciones y otros
<p>Artículo 1 Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.</p>	<p>Artículo 2 Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas.</p>	<p>PIDCP, artículos 1, 3, 14 (3), 23 (4) y 26; PIDESC, artículos 1, 2 (2); 3; 7 y 13.</p>	<p>Declaración y Programa de Acción de Viena, párrs. 15, 18 y 20; Declaración y Programa de Acción de Durban, párrs. 2, 7, 10, 14 y 39.</p>
<p>Artículo 2 Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.</p>			

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS	DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ¹	CONCORDANCIAS	
		INSTRUMENTOS JURÍDICOS	
Artículo/ Derecho	Artículo/ Derecho	TRATADOS	Declaraciones y otros
Artículo 3 Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.	Artículo 7 1. Las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona. 2. Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo.	PIDCP, artículos 1, 6, y 9 (1); PIDESC, artículo 1, 10 (3) y 11; Convenio sobre trabajadores migratorios, artículos 9 y 28; Convención sobre los Derechos del Niño [sic] ² , artículo 6.	Declaración y Programa de Acción de Viena, párr. 31 y 63; Declaración y Programa de Acción de Durban, párr.23 y 63 (II) sobre víctimas del racismo y víctimas en general.
Artículo 13 Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país.	Artículo 36 1. Los pueblos indígenas, en particular los que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros así como con otros pueblos a través de las fronteras. 2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y garantizar la aplicación de este derecho.	PIDCP artículo 12; Convenio sobre Trabajadores Migrantes, artículo 22.	Declaración de Durban, párrs. 47, 54 y 55; Declaración y Programa de Acción de Viena, párrs. 21 y 23.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS	DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ¹	CONCORDANCIAS	
		INSTRUMENTOS JURÍDICOS	
Artículo/ Derecho	Artículo/ Derecho	TRATADOS	Declaraciones y otros
Artículo 15 Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.	Artículo 6 Toda persona indígena tiene derecho a una nacionalidad. Artículo 33 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.	PIDCP, artículos 2 (1); 24; 26; PIDESC, artículo 2, (2); Convenio sobre Trabajadores Migrantes, artículos 1 (1), 7 y 29; Convención contra la tortura, artículo 6 (3); Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 7, numeral 1.	Declaración y Programa de Acción de Durban, párr. 56.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS	DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ¹	CONCORDANCIAS	
		INSTRUMENTOS JURÍDICOS	
Artículo/ Derecho	Artículo/ Derecho	TRATADOS	Declaraciones y otros
Artículo 17 Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.	Artículo 8 numeral 2, literal b 2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de: (...) b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos. Artículo 10 Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso. Artículo 26, número 1 Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.	PIDCP, artículo 1; PIDESC, artículo 1; Convenio sobre Trabajadores Migrantes, artículo 15.	Declaración y Programa de Acción de Viena, párr. 31; Declaración y Programa de Acción de Durban, párr. 43.

1 Resaltas fuera del texto original.

En el ámbito jurídico, el término “concordancia” se utiliza para designar normas jurídicas similares; es decir, que son concordantes con las provisiones jurídicas analizadas y que contribuyen a su comprensión, interpretación y orientan su aplicación.

2 Entiéndase “sobre los Derechos del Niño y la Niña”.

El derecho internacional frente a la violencia de género

*Mayren Vargas Araya**

Introducción

El derecho internacional de los derechos humanos, a través de los años ha ampliado el reconocimiento de los derechos de las mujeres y se ha preocupado por responsabilizar a los Estados para que asuman sus obligaciones de garantizar y respetar los derechos humanos y, en particular, los de las mujeres. Ello implica, también, una mirada específica hacia la violencia de género contra estas y a los diferentes mecanismos que deben adoptar los Estados para prevenirla, investigarla, sancionarla y erradicarla.

Los tratados internacionales así como diversos procesos de monitoreo y seguimiento del derecho internacional junto a la diversa jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte Interamericana o la Corte IDH), han establecido estándares para que los Estados los apliquen adecuadamente en la lucha contra la violencia de género. Estos estándares o principios son aplicables en los procedimientos judiciales e institucionales que señalan, claramente, la obligación de incorporar la perspectiva de género y las especificidades a tomar en cuenta en los casos de violencia de género.

* Licenciada en Derecho por la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología, Costa Rica; máster en Derechos Humanos y Democratización por la Universidad Nacional de San Martín, Buenos Aires, Argentina; abogada en la Comisión Nacional de Mejoramiento de la Administración de Justicia, Poder Judicial de Costa Rica.

El presente artículo recopila esas normas y esos estándares que el derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado para enfrentar la violencia de género contra las mujeres, así como criterios e interpretaciones que han producido órganos como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, la Relatoría Especial de Naciones Unidas sobre la violencia de género, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión Interamericana o la CIDH), la Corte IDH y otros.

I. Deber de respetar y garantizar derechos humanos

Los derechos humanos son esenciales para el desarrollo de cualquier sociedad y son parte elemental de cualquier Estado que se denomine democrático. El valor primordial de estos es que son condiciones intrínsecas al ser humano. Los derechos a la vida, a la libertad y a la propiedad son fundamentales, no solo porque permiten el desarrollo sino también porque suponen el cimiento en el cual se asienta el Estado de derecho.

Según señalaba Locke, antes de que existiera el Gobierno los hombres eran libres, independientes e iguales en el disfrute de sus derechos inalienables; pero al unirse en comunidades políticas, ponen bajo un Gobierno la preservación de su propiedad y de los derechos que les pertenecen. Es decir, las personas ponen la protección de sus derechos –que ya les corresponden al nacer–en manos del Estado que es el encargado de ello.

Actualmente, el derecho internacional público ha dado un papel más protagónico al Estado, estableciendo además una serie de obligaciones que debe cumplir –como tomar determinadas medidas o abstenerse de actuar de cierta forma– con el fin de promover y proteger derechos humanos y libertades

fundamentales. La Organización de Naciones Unidas (en adelante la ONU) ha definido estos derechos como aquellos que son inherentes a nuestra naturaleza y sin los cuales no podemos vivir como seres humanos.

Según se afirma en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹ (en adelante la DUDH), es primordial que en cada Estado esos bienes jurídicos fundamentales “sean protegidos por un régimen de derecho”. Por eso es que en los países democráticos existen normas de rango constitucional y legal cuya finalidad es salvaguardar los derechos humanos en caso de amenaza o de vulneración.

La posición del sistema de la ONU con respecto a la obligación de garantía de los derechos humanos ha sido enfática. En el 68 periodo de sesiones del Comité de Derechos Humanos (2000), se adoptó la Observación General 28 cuyo artículo 3 hace hincapié en la igualdad entre hombres y mujeres; asimismo, en virtud de la obligación de garantizar a todas las personas los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecida en sus artículos 2 y 3, los Estados parte deben adoptar todas las medidas necesarias para hacer posible el goce de derechos y que disfruten de los mismos. “Esas medidas comprenden las de eliminar los obstáculos que se interponen en el goce de esos derechos en condiciones de igualdad, dar instrucción a la población y a los funcionarios del Estado en materia de derechos humanos y ajustar la legislación interna a fin de dar efecto a las obligaciones enunciadas en el Pacto”².

1 Preámbulo de la DUDH. Asamblea General de la ONU, París, Francia, 10 de diciembre de 1948. .

2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Viena, Austria. 16 de diciembre de 1966. Asamblea General de Naciones Unidas

El sistema regional de protección de derechos humanos no se ha quedado atrás con esa postura al respecto. En noviembre de 1969, en San José de Costa Rica, la mayoría de los Estados parte de la Organización de Estados Americanos (en adelante la OEA) suscribieron la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención Americana o la CADH)³, reafirmando su propósito de consolidar las instituciones democráticas de la región y su compromiso con el respeto y la garantía de los derechos humanos. En el artículo 1 de la CADH se establece que “los Estados parte se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Al respecto, la Corte IDH –en la Opinión Consultiva 6/86⁴– señaló que la protección de los derechos humanos parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. “Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que solo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”.

3 OEA. *Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)*, Conferencia Especializada de Derechos Humanos, del 7 al 22 de noviembre de 1969, San José, Costa Rica, disponible en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

4 Corte IDH. *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986, Serie A, N° 6. Párr. 21.

Por su parte, la obligación de garantía implica el deber estatal de organizar todo el aparato gubernamental y –en general– todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Al respecto, la Corte IDH en su primer caso contencioso –el de Velásquez Rodríguez contra Honduras– ha destacado que como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana; además, deben procurar “el restablecimiento, de ser posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”⁵.

En armonía con esta disposición, el artículo 2 de la CADH introduce una aproximación al contenido y al alcance de la obligación de garantía, estableciendo lo siguiente: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo, no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Así, pues, la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un ordenamiento normativo que los recopile, sino que además debe desarrollarse una conducta que asegure la existencia de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

5 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.* Párr. 166.

Los Estados tienen obligaciones que cumplir para que los derechos humanos sean reconocidos, respetados y garantizados. Estas trascienden a la adopción de marcos legislativos. Se espera además un cambio estructural que debe transversalizar la perspectiva de género para que las mujeres, quienes históricamente han visto vulnerados sus derechos, cuenten con un adecuado acceso a los mismos a partir de su reconocimiento y respeto.

En esta línea, la ilustración que realiza Fraser⁶ sobre las “tres R” resume las distintas sugerencias, estándares y fallos del sistema regional en materia de derechos de las mujeres. Reconocimiento no solo de este grupo social sino de las asimetrías a las que está sometido; redistribución de recursos materiales, económicos y de poder para equiparar las brechas existentes; y, por último, representación en los ámbitos de toma de decisiones.

No solo se espera, entonces, que los Estados garanticen un ejercicio pleno y libre de los derechos mediante distintas medidas sino que estas deben estar especialmente adecuadas para las necesidades de las mujeres. Ese ejercicio de respeto y garantía se lleva a cabo mediante la aplicación de principios y estándares que son un medio para lograr el fin buscado.

II. Evolución del derecho internacional en materia de género

La DUDH marca un hito histórico en la positivización de los derechos fundamentales que deben ser protegidos por todos los Estados firmantes de la misma. Se establece como ideal común promover la educación y respetar los derechos y las libertades,

6 Fraser, Nancy. ¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas en torno a la justicia de la época postsocialista, Universidad de los Andes, Ecuador: Siglo del Hombre Editores, 1997. P. 62.

así como la implementación de medidas progresivas de carácter nacional e internacional por parte de todos sus Estados firmantes.

El artículo 1 de la DUDH señala lo siguiente: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. En la misma línea, el artículo 2 hace hincapié en el principio de igualdad y no discriminación en los siguientes términos: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

En este mismo sentido, tanto la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁷ como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹, establecieron el principio de igualdad y no discriminación como deberes consagrados para garantizar el goce de todos los derechos.

7 CIDH. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, OEA, IX Conferencia Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

8 ONU. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Asamblea General, Viena, Austria, 16 de diciembre de 1966.

9 ONU. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Asamblea General, Viena, Austria, 16 de diciembre de 1966.

Sin embargo, fue hasta 1979 cuando la Asamblea General de la ONU aprobó un instrumento jurídico internacional específico para proteger a las mujeres: la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer¹⁰ (CEDAW por sus siglas en inglés). Este cuerpo normativo ha sido firmado y ratificado por 187 países; tiene como fin reafirmar la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres. La CEDAW define el significado de la igualdad e indica cómo lograrla. En tal sentido, establece no solo una declaración internacional de derechos de la mujer sino también un programa de acción para que los Estados parte garanticen el goce de los mismos.

Con respecto a la violencia contra las mujeres, la CEDAW establece en su artículo 5 que los Estados parte de la misma “tomarán todas las medidas apropiadas para: 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”.

En ese sentido, en 1989 el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante el Comité de la CEDAW) señaló que –de acuerdo al artículo 5 de dicho instrumento internacional– los Estados están obligados a proteger a la mujer de cualquier tipo de violencia. Pero no fue sino hasta 1992, mediante la Recomendación General 19¹¹, que el Comité

10 ONU. *Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19*, Comité de la CEDAW, 26 de julio de 2017, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>

11 *Cfr.* ONU. *La violencia contra la mujer*, Recomendación General N° 19, Comité

de la CEDAW analizó a fondo el tema de la violencia de género señalando que la violencia contra las mujeres también es una forma de discriminación. Entonces, recomendó a los Estados parte adoptar medidas para proteger de manera adecuada la vida e integridad de las mujeres y capacitar a funcionarios judiciales para que apliquen esta normativa internacional. “La violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos, constituye discriminación, como la define el artículo 1 de la Convención”.

Esos derechos humanos señalados por el Comité de la CEDAW comprenden los siguientes: a la vida; a no ser sometida a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; a su protección en condiciones de igualdad, con arreglo a normas humanitarias en tiempo de conflicto armado internacional o interno; a la libertad y a la seguridad personales; a la igualdad ante la ley; a la igualdad en la familia; al más alto nivel posible de salud física y mental; y a condiciones de empleo justas y favorables.

En julio de 2017, el Comité de la CEDAW se volvió a pronunciar sobre la materia mediante la adopción de la Recomendación General 35¹² en lo concerniente a la violencia por razón de género contra la mujer, actualizando así la 19. “El Comité decidió conmemorar el 25° aniversario de la aprobación de la recomendación general número 19 ofreciendo a los Estados parte orientación adicional para acelerar la eliminación de la violencia por razón de género contra la mujer”. (2017).

de la CEDAW, 11° periodo de sesiones, 1992, Párr. 7. disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm#top>

12 ONU. Violencia por razón de género contra la mujer, Recomendación General 35, Comité CEDAW, periodo de sesiones 2017. Párr. 3. Recuperado el 13 de julio de 2018 de: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>

El concepto de “violencia contra la mujer”, tal como se define en la Recomendación General 19 así como en otros instrumentos y documentos internacionales, hace hincapié en el hecho de que está basada en el género. En consecuencia, en la Recomendación General 35 se explica que la expresión “violencia por razón de género contra la mujer” se utiliza como un término más preciso, que pone de manifiesto las causas y los efectos relacionados con el género de la violencia. “La expresión refuerza aún más la noción de la violencia como problema social más que individual, que exige respuestas integrales, más allá de aquellas relativas a sucesos concretos, autores y víctimas y supervivientes”¹³.

El Comité de la CEDAW considera que la violencia por razón de género contra la mujer es uno de los medios sociales, políticos y económicos fundamentales a través de los cuales se perpetúa la posición subordinada de la mujer con respecto al hombre y sus papeles estereotipados. Por ello, entonces, procura dejar en claro que esa violencia constituye un grave obstáculo para el logro de la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres, así como para el disfrute por parte de la mujer de sus derechos humanos y libertades que se consagran en la CEDAW.

“La violencia por razón de género contra la mujer constituye una discriminación contra la mujer con arreglo al artículo 1 y, por lo tanto, afecta a todas las obligaciones contraídas en virtud de la Convención CEDAW. El artículo 2 establece que la obligación general de los Estados partes consiste en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, en especial la violencia por razón de género contra la mujer. Se trata de una obligación de carácter inmediato; las demoras no se pueden justificar por ningún motivo, ya sea económico, cultural o religioso”¹⁴. (2017).

13 *Ibíd.*, párr. 10.

14 *Ibíd.*, párr. 21.

La Recomendación General 35 insta a los Estados parte de la CEDAW a que refuercen la aplicación de sus obligaciones en relación con la violencia por razón de género contra la mujer, ya sea dentro de su territorio o extraterritorialmente. “El Comité reitera su llamamiento a los Estados partes para que ratifiquen el Protocolo Facultativo de la Convención y examinen todas las reservas restantes a la Convención con miras a retirarlas”¹⁵. (2017).

Otro importante hito histórico en el reconocimiento de derechos de las mujeres se llevó a cabo en la ciudad capital de Austria en 1993 –durante el desarrollo de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos– donde representantes de 171 Estados aprobaron la Declaración y el Programa de Acción de Viena¹⁶ con la pretensión de fortalecer la labor de derechos humanos en todo el mundo. En esta histórica ocasión se acordaron temas como la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, recordando así la importancia de los económicos sociales y culturales así como su estrecha relación con los civiles y políticos, eliminando el paradigma de las “generaciones de derechos”.

La Declaración de Viena, además, reconoce que los derechos de las mujeres son también derechos humanos y obliga a los Estados a intervenir pero también a adoptar medidas para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres. En su segundo artículo se estableció lo siguiente: “Se entiende por violencia contra la mujer: todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la vida privada”.

15 *Ibíd.*, párr. 27.

16 ONU. *Declaración y Programa de Acción de Viena*, Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, 25 de junio de 1993, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf

Seguido a estos esfuerzos de la comunidad internacional por actuar contra la violencia de género, el 9 de junio de 1994 se firmaba por primera vez un instrumento jurídico internacional completamente enfocado en la violencia contra las mujeres: la Convención Interamericana para prevenir, investigar, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, más conocida como la Convención de Belém do Pará¹⁷. En este documento, que aplica solo para el ámbito interamericano, se afirma que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales; además limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos y libertades. En la CEDAW se define qué se entiende por violencia contra las mujeres, cuáles derechos deben ser protegidos y las obligaciones de los Estados frente a la violencia de género como la de adoptar medidas jurídicas, disposiciones legislativas y políticas públicas que permitan cumplir con el fin de este instrumento jurídico regional.

El artículo 4 de la Convención de Belém do Pará señala que todas las mujeres tienen derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos y las libertades. Estos derechos comprenden –entre otros– “el derecho a que se respete su vida; el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; el derecho a la libertad y a la seguridad personal; el derecho a no ser sometida a torturas; el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley; el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos; el derecho a libertad

17 OEA. *Convención Interamericana para la prevención, investigación, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres. Convención de Belém do Pará*, Brasil, 9 de junio de 1994, disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

de asociación; el derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley; y el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones”.

La elaboración y entrada en vigor de la CEDAW constituye, en el marco del sistema regional, una verdadera redefinición del derecho interamericano sobre derechos humanos para aplicarlo desde una perspectiva de género. “Se podría afirmar que existe una voluntad entre quienes han ratificado la Convención así como entre los actores no estatales de erradicar la violencia de género mediante políticas y medidas específicas”¹⁸. (1998).

En 1995, un año más tarde de adoptada la Convención de Belém do Pará, se lleva a cabo la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer; entonces se aprueba la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing¹⁹. En este instrumento, los Estados participantes acordaron una serie de medidas dirigidas a lograr la igualdad entre hombres y mujeres, eliminar la discriminación por razones de género y reafirmar su compromiso por defender los derechos y la dignidad humana intrínseca de las mujeres. Además, se asumió un compromiso explícito sobre prevenir y eliminar la violencia contra las mujeres y las niñas. La Plataforma de Acción de Beijing es un programa encaminado a crear condiciones necesarias para potenciar el papel de la mujer en la sociedad. “Tiene por objeto eliminar todos los obstáculos que dificultan la participación activa de la mujer en todas las esferas de la vida pública y privada mediante una participación plena y en pie de

18 CIDH (1998). Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas, Secretaría General OEA, OEA/Ser. L/V/II.100, Washington, D.C. Párr. 3.

19 Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*, 15 de septiembre de 1995, disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>

igualdad en el proceso de adopción de decisiones en las esferas económica, social, cultural y política”²⁰. (1995).

En la Declaración de Beijing, además, se establecen como objetivos estratégicos de los Estados evitar que se cometan actos de violencia contra las mujeres y tomar las medidas necesarias para prevenir, investigar y castigar los actos de violencia contra las mujeres, sean cometidos por el Estado o por particulares. Asimismo, se señala que los Estados deben adoptar y aplicar leyes pertinentes para prevenir la violencia contra las mujeres, así como procurar el debido y eficaz acceso a la justicia para que se investigue y enjuicie a sus responsables; también deben garantizar los mecanismos pertinentes de reparación a la víctima.

En 2004, el Comité de la CEDAW –en su 30 periodo de sesiones– la Recomendación General 25²¹ con respecto a las medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad entre el hombre y la mujer; su temporalidad depende del momento en que se alcance su objetivo. Es decir, se espera que los Estados implementen alguna medida específica para solucionar la violencia contra las mujeres; cuando la violencia cese, la medida también puede terminar. La temporalidad de la misma va a depender del tiempo que se lleve para que surta efectos integrales en la erradicación de la violencia contra las mujeres.

20 *Ibíd.*, p. 7.

21 ONU. *Recomendación general N° 25. Medidas especiales de carácter temporal (párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer)*, Comité de la CEDAW, 30° periodo de sesiones, 30 de enero de 2004, disponible en https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CEDAW/00_4_obs_grales_CEDAW.html#GEN25

El Comité de la CEDAW señaló que la situación de la mujer no mejorará mientras las causas subyacentes de la discriminación en su contra y de la desigualdad que la afecta no se aborden de manera efectiva. “La vida de la mujer y la vida del hombre deben enfocarse teniendo en cuenta su contexto y deben adoptarse medidas para transformar realmente las oportunidades, las instituciones y los sistemas de modo que dejen de basarse en pautas de vida y paradigmas de poder masculinos determinados históricamente”²². (2004).

Por ello es necesario que los Estados parte de la CEDAW adopten determinadas medidas especiales de carácter temporal para eliminar esas formas múltiples de discriminación contra la mujer, así como las consecuencias negativas y complejas que conllevan. Tomando en cuenta que previamente el mismo Comité de la CEDAW había señalado que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación, estas medidas especiales de carácter temporal deben adoptarse también para prevenir, investigar, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres.

III. Sistema interamericano de protección de derechos humanos y frente a la violencia de género

Como se mencionó anteriormente, el sistema interamericano de protección de derechos humanos ha tenido una participación activa en el reconocimiento y la garantía de los derechos de las mujeres. La creación de la Comisión Interamericana de la Mujer, la CADH, la Convención de Belém do Pará y otros mecanismos e instrumentos jurídicos, han venido estableciendo estándares para proteger de la violencia a las mujeres y dar seguimiento a los Estados para que cumplan con dichos estándares.

22 *Ibid.*, párr. 10.

En 2001 la CIDH resolvió por primera vez un caso de violencia de género, interpretando la Convención de Belém do Pará: el de *María Da Penha*²³. En este, la Comisión Interamericana responsabilizó al Estado de Brasil por omisión, negligencia y tolerancia en relación con la violencia doméstica contra las mujeres brasileñas. La CIDH consideró que se daban las condiciones de violencia doméstica y de tolerancia estatal definidas en la Convención de Belém do Pará; asimismo, determinó que el Estado era responsable por la falta de cumplimiento de sus deberes establecidos en el artículo 7 de la CEDAW en relación con los derechos que esta protege. Además, la CIDH consideró violados los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial contemplados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en conexión con la obligación de respetar y garantizar los derechos, debido a la dilación injustificada y la tramitación negligente del caso.

En el Informe temático sobre la situación de derechos humanos de las mujeres en Ciudad Juárez, México²⁴, la Comisión Interamericana señaló que la Convención de Belém do Pará dispone que sus Estados parte actúen con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, en caso de que esta ocurra dentro del hogar o la comunidad –sea perpetrada por personas individuales– o en la esfera pública por agentes estatales.

En consecuencia, el Estado es directamente responsable por la violencia contra la mujer ejecutada por sus agentes. Además, bien

23 CIDH. *Caso María Da Penha vs. Brasil*, Caso 12.051, Informe 54/01, 16 de abril de 2001.

24 CIDH. *Informe temático sobre la situación de derechos humanos de las mujeres en Ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación*, OEA/Ser.L/V/II.117, 7 de marzo de 2003, disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/2002sp/cap.vi.juarez.htm>

puede surgir responsabilidad del Estado si no actúa con la debida diligencia para prevenir esa violencia –cuando sea perpetrada por personas particulares– y para responder a la misma.

“Los Estados partes deben disponer lo necesario para que esas obligaciones se hagan efectivas en el sistema jurídico interno, y para que las mujeres en situación de riesgo de sufrir violencia, u objeto de la misma, tengan acceso a protección y garantías judiciales eficaces. Los mecanismos de supervisión del cumplimiento de esas normas comprenden la tramitación de las denuncias individuales en que se aducen violaciones de las principales obligaciones a través del sistema de peticiones ya establecido en el contexto de la Comisión Interamericana”²⁵. (2003).

En 2004, por primera vez –de manera específica– la Corte IDH abordó la violencia sexual contra las mujeres en su sentencia sobre el caso del Penal Castro Castro contra Perú²⁶. En la misma, la Corte Interamericana analizó el alcance y las consecuencias de la violencia sexual sufrida por mujeres bajo custodia del Estado. En este sentido, encontró una violación por parte del Estado al artículo 5 de la CADH e interpretó su alcance tomando en consideración, como referencia de interpretación, la Convención de Belém de Pará.

También en 2004, en el caso Fernández Ortega y otros contra México²⁷ la Corte IDH señala que –tal como lo expresa la Convención de Belém do Pará– la violencia contra la mujer

25 *Ibíd.*, párr. 103.

26 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160.

27 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 15 de mayo de 2011, Serie C N° 224. Párr. 188.

no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es “una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres que (...) trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases”. (2004).

Este análisis de la Corte en su sentencia fue seguido por el primer fallo que aborda de forma integral los derechos de las mujeres, dictado en el caso *González y otras* (“*Campo Algodonero*”) contra México²⁸. El 4 de noviembre de 2007, la CIDH presentó una demanda ante la Corte Interamericana alegando que el Estado mexicano había incurrido en responsabilidad internacional por irregularidades y retrasos en la investigación de las desapariciones y la posterior muerte de tres mujeres en Ciudad Juárez. El 16 de noviembre de 2009, la Corte IDH lo encontró responsable por varias violaciones a la CADH y a la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de las tres víctimas y sus familiares. Concretamente, señaló violaciones al deber general de garantizar los derechos humanos de las víctimas directas al no actuar con la debida diligencia requerida para proteger sus derechos a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal y su derecho a vivir libres de violencia; además, lo responsabilizó por no investigar de forma adecuada y efectiva las desapariciones y los homicidios.

En 2007, la CIDH comunicó –en su Informe sobre acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas– haber observado que el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia y discriminación ha sido consagrado y establecido

28 Corte IDH. *Caso González y otras* (“*Campo Algodonero*”) vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 16 de noviembre de 2009. Serie C N° 205.

como un desafío prioritario en los sistemas de protección de los derechos humanos, tanto a nivel regional como internacional; sin embargo, reconoce haber recibido información mediante audiencias temáticas que apunta a una deficiente investigación y sanción de actos de violencia contra las mujeres.

“En dicha información se destacan omisiones y errores en los procedimientos de investigación, a través de negligencia, parcialidad y falta de elementos suficientes para inculpar a los presuntos culpables. Asimismo se mencionan la revictimización de la víctima, cuando las autoridades muestran mayor interés en su vida privada que en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables. De esta forma, algunas autoridades administrativas y judiciales no responden con la debida seriedad y diligencia para investigar, procesar y sancionar a los responsables”²⁹.

En este mismo sentido, el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (en adelante el MESECVI) adoptó en 2008 la Declaración de Femicidios en la cual recuerda al respecto que en estos crímenes y en los altos índices de violencia contra las mujeres existe un alto grado de impunidad, ya que es muy usual que los casos se archiven por una supuesta falta de pruebas; pero esto responde principalmente a la persistencia de patrones socioculturales y de los prejuicios de género durante los procesos judiciales, policiales y fiscales³⁰. Además, se insta a todos los Estados parte del sistema interamericano de derechos

29 CIDH (2011). *Informe: Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*. OEA/Ser. L/V/II. Doc.63. Párr. 19. Recuperado el 13 de julio de 2018 de: <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>

30 Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belem do Pará (2008). *Declaración sobre el femicidio*. P. 2. Recuperado el 13 de julio de 2018 de: <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/declaracionfemicidio-es.pdf>

humanos a adoptar marcos normativos suficientes para tipificar la figura del femicidio, reconociéndolo como la expresión máxima de la violencia de género.

La Corte IDH, en la sentencia del caso Rosendo Cantú contra México³¹, aborda por primera vez el concepto de tortura sexual. Siguiendo la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en la Convención de Belém do Pará, la Corte Interamericana considera que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento y que, además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno.

Así, la Corte IDH “considera que una violación sexual puede constituir tortura aun cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales. Esto es así, ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto, requisitos que en el presente caso se encuentran cumplidos. Con base en lo anterior, el Tribunal concluye que la violación sexual en el presente caso implicó una violación a la integridad personal de la señora Rosendo Cantú, constituyendo un acto de tortura en los términos de los artículos 5.2 de la Convención Americana y 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura”.

En 2011, la CIDH presentó su informe sobre el caso Jessica Lenhan y otros contra Estados Unidos³². En este recuerda que los

31 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú vs. México* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto de 2010, Serie C, N° 225.

32 CIDH. *Jessica Lenhan (González) y otros. Estados Unidos*, Informe N° 80/11, Caso 12.626, 21 de julio de 2011.

sistemas internacional y regional de derechos humanos se han pronunciado sobre la estrecha relación entre la discriminación, la violencia y la debida diligencia, enfatizando que la falla estatal de no actuar con debida diligencia para proteger a las mujeres de la violencia constituye una forma de discriminación y una negación de su derecho a la igual protección de la ley. Estos principios también han sido aplicados para responsabilizar a los Estados por deficiencias en la protección de las mujeres, respecto de actos de violencia doméstica cometidos por particulares. En la misma línea, se ha reconocido internacionalmente que la violencia doméstica es una violación de derechos humanos y una las formas más persistentes de discriminación que afecta a mujeres de todas las edades, etnias, razas y clases sociales.

“Los deberes de los Estados de proteger y garantizar los derechos de las víctimas de violencia doméstica deben también implementarse en la práctica. Como lo ha establecido la Comisión en el pasado, en el cumplimiento de sus deberes los Estados deben tener en cuenta que la violencia doméstica es un problema que afecta desproporcionadamente a las mujeres, al constituir la mayoría de las víctimas”³³.

En este mismo sentido, manteniendo la lógica del respeto y la garantía de los derechos humanos de las mujeres, la Corte IDH ha adoptado otras sentencias importantes en materia de violencia de género como las de los casos *Artavia Murillo contra Costa Rica*, *Veliz Franco contra Guatemala*, *Atala Riffo contra Chile* y *Espinoza González contra Perú*, entre otras. La Comisión Interamericana y el MESECVI, por su parte, cuentan también con otros informes temáticos y más declaraciones donde enfatizan la necesidad de adoptar medidas específicas para prevenir, investigar, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres.

33 *Ibid.*, párr. 111.

IV. Situación actual de violencia de género contra las mujeres

La violencia contra las mujeres continúa siendo una constante en las sociedades. Según datos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), un total de 1,831 mujeres de dieciséis países de la región (trece de América Latina y tres del Caribe) fueron víctimas de femicidio solo en 2016.³⁴ Asimismo, según la Organización Mundial de la Salud la violencia de género –del tipo que sea su expresión– ha afectado entre el 17 % y el 53 % de las mujeres alguna vez casadas o en unión física³⁵.

Costa Rica no escapa a este marco de violencia de género contra las mujeres. Según datos de la Defensoría de los Habitantes³⁶ los casos son alarmantes, al punto que debe considerarse y tratarse como una emergencia nacional. Solo en 2016 se presentó un centenar de denuncias por violencia doméstica por cada 100,000 habitantes, todas presentadas por mujeres víctimas de sus parejas o exparejas sentimentales.

Entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2017, más de 380,000 mujeres solicitaron medidas de protección ante los juzgados de violencia doméstica del país; entre 2007 y 2015, se recibieron 139,501 casos nuevos en las fiscalías penales por delitos

34 Cfr. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2015). *CEPAL advierte sobre el elevado número de femicidios en América Latina y el Caribe*, Comunicado de prensa, 24 de noviembre de 2015, disponible en <https://www.cepal.org/es/comunicados/cepal-advier-te-elevado-numero-femicidios-america-latina-caribe>

35 Cfr. World Health Organization. *Violence Against Women: a priority health issue*, Geneva, 1997, WHO/FRH/WHO/97.8.

36 Cfr. EFE-Elpaís.Cr. *Defensoría costarricense “alarmada” por violencia contra la mujer*, Universidad de Costa Rica, 22 de noviembre de 2017, disponible en <https://www.elpais.cr/2017/11/22/defensoria-costarricense-alarmada-por-violencia-contra-la-mujer/>

contemplados en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres con acusaciones por delitos como maltrato, restricción a la libertad de tránsito, conductas sexuales abusivas y femicidios, entre otros. Lo anterior, según la Sección de Estadísticas de la Dirección de Planificación del Poder Judicial.

En 2017 se registraron 26 femicidios; es decir, poco más de dos por mes; a abril de 2018 se contabilizaban diez. De esa decena de mujeres que murieron a manos de sus parejas o exparejas, siete eran madres que dejaron huérfanas a once personas de las cuales ocho son menores de cuatro años de edad. Esto, según el Observatorio de Violencia de Género contra las Mujeres y Acceso a la Justicia del Poder Judicial³⁷.

Conclusión

Los datos anteriores demuestran que la adopción de marcos normativos es insuficiente. Si bien es cierto, la comunidad internacional ha realizado esfuerzos en visibilizar las formas de violencia de género y establecer distintos mecanismos mediante normas, persisten estereotipos y estigmatizaciones culturales sobre las mujeres. La violencia de género es un problema estatal; para ser solucionado se requiere entonces de medidas efectivas por parte del Estado, el cual debe asumir un rol protagónico y tomar medidas concretas que necesariamente incluyen la tipificación de todo acto de violencia contra las mujeres como el femicidio, la creación de leyes especiales de violencia contra las mujeres y el impulso de políticas públicas enfocadas en los derechos de estas.

37 Cfr. Observatorio de Violencia de Género contra las Mujeres y Acceso a la Justicia. *Estadísticas de Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres*, disponible en <https://observatoriodegenero.poder-judicial.go.cr/soy-especialista-y-busco/estadisticas/ley-de-penalizacion-de-la-violencia-contra-la-mujer/>

Pero además, los Estados deben procurar el removimiento de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres; prestar atención a esta problemática; redimensionar el papel que la educación tiene para construir y deconstruir estereotipos de género; ir desmantelando la estructura, la ideología, la cultura y la educación patriarcal; cuestionar la inequidad y visibilizar el importante papel de la mujer en la construcción de nuevas realidades.

Buscando refugio. Análisis comparativo y evolutivo del derecho a buscar y recibir asilo en el sistema universal y regional de protección de los derechos humanos, de cara a la adopción del Pacto Global de Refugiados

*Valeria V. Llamas**

*Sabrina P. Vecchioni***

Los perseguidos requieren protección, la cual se conoce como asilo.

Todo refugiado es un perseguido. Los refugiados requieren asilo.

Ejemplo de silogismo categórico¹.

* Licenciada en Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires y Magister en Cooperación Internacional de la Universidad Nacional de San Martín. Se ha desempeñado laboralmente en la Dirección Nacional de Migraciones y en la Comisión Nacional para los Refugiados en Argentina. Es miembro fundador y Secretaria Ejecutiva de la Red Latinoamericana e Interdisciplinaria de Derechos Humanos (REDLAIDH).

** Abogada. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Maestranda y Diplomada en Género, Sociedad y Políticas Públicas por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales -FLACSO- y el Programa Regional sobre Políticas Públicas de Género -PRIGEPP-. Docente de las asignaturas Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Humanitario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Desde los años 2012 hasta 2018 se desempeñó como abogada defensora de personas refugiadas y solicitantes de asilo dentro de la Comisión para la Asistencia y Protección Integral al Refugiado y Peticionante de Refugio de la Defensoría General de la Nación. Es miembro de Red Latinoamericana e Interdisciplinaria de Derechos Humanos (REDLAIDH).

1 Martínez Monge, Federico. “El asilo como fundamento de la protección de los refugiados”, en Lettieri, Martín (ed.). *Protección internacional de refugiados en el sur de Sudamérica*, Universidad Nacional de Lanús (UNLa), 2012, p. 23.

Introducción

Los desplazamientos masivos de población se han sucedido desde tiempos inmemoriales², como ejemplo del libre ejercicio de la libertad de movimiento³. Su contracara surge frente a la necesidad de garantizar la seguridad interna de los Estados de acogida, promoviendo el desarrollo de marcos normativos que abogan por restringir los derechos de las personas desplazadas y consideran al extranjero como *otro*, asumido en la figura de un enemigo⁴.

En cifras, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante el ACNUR) informó que en 2017 el número de personas forzadas a desplazarse de sus países de origen ascendía a 68.5 millones⁵, lo cual representaba un incremento respecto de años anteriores, manteniéndose como fuente de esos desplazamientos las diversas situaciones de conflicto armado registradas en diferentes partes del mundo – como en Medio Oriente; en particular, en la República Árabe de Siria– sumado a otros factores como nuevas oportunidades

-
- 2 Como referencia de ello podemos citar en la Antigua Grecia el refugio otorgado por el rey de Atenas, Teseo, a Edipo quien –siendo rey de Tebas– era perseguido por su familia. El mito muestra cómo en tiempos antiguos era practicada la protección del extranjero perseguido. Cfr. Villipando, Waldo. “El asilo en la historia”, en ACNUR. *Un instrumento de paz*, Barcelona, Madrid, 1996. p. 7.
 - 3 Cfr. Arendt, Hannah. “¿Qué es la autoridad?”, 1961, en Arendt, Hannah. *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre la reflexión política*, Ana Poljak (trad.), Ediciones Península, Barcelona, 1996, p. 114.
 - 4 Al respecto, no podemos olvidar la obra de Arendt en la cual analiza la forma en que los Estados dan respuesta al ingreso de poblaciones extranjeras, bajo la premisa de su reclusión en campos y zonas determinadas por cuestiones de seguridad. Cfr. Arendt, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. Taurus, Madrid, 1974.
 - 5 Cfr. ACNUR *Informe Tendencias Globales. Desplazamiento forzado en 2017*, disponible en <http://www.acnur.org/5b2956a04> (acceso 10/08/2018).

económicas, situaciones prolongadas de pobreza extrema⁶, la inseguridad alimentaria, la persecución, el terrorismo, los abusos contra los derechos humanos, delincuencia transnacional⁷, los efectos adversos del cambio climático, desastres naturales y otros factores ambientales⁸.

La situación reseñada ha causado un gran impacto en las relaciones de los Estados, llevando a que en 2016 –bajo los auspicios de la Organización de las Naciones Unidas (en

6 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH) ha reconocido la pobreza como uno de los factores estructurales que contribuyen a la movilidad humana y, en particular, que acrecienta las condiciones de vulnerabilidad en los casos de desplazamientos forzados. Véase CIDH. *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 46/15, 31 diciembre 2015, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>; y CIDH. *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.164, Doc. 14.7 7 septiembre 2017, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf> (acceso 11/08/2018).

7 ACNUR. *Nota de orientación sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con las víctimas de pandillas organizadas*, 31 de marzo de 2010, disponible en www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7786.pdf (acceso 12/08/2018).

8 ACNUR. *Desplazamiento por cambio climático y desastres: Panorama general del papel del ACNUR*, Ginebra, 2017, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11328.pdf>; ACNUR. *Reunión de expertos sobre cambio climático y desplazamiento*, Resumen de las deliberaciones sobre cambio climático y desplazamiento Bellagio, Italia, 22 a 25 de febrero de 2011, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7413.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2011/7413>; ACNUR *La protección de los refugiados en situaciones de afluencia masiva: Marco global para la protección, Consultas Globales sobre Protección Internacional/Tercer ámbito*, 1ª Reunión, EC/GC/01/4, 19 de febrero 2001 párr. 13; ACNUR. *Nota sobre Protección Internacional*, A/AC.96/830, 1994, párr. 47, disponible en www.acnur.org/biblioteca/pdf/1744.pdf; y ACNUR. *Cambio climático, desastres naturales y desplazamiento humano: la perspectiva del ACNUR*, 23 de octubre de 2008, disponible en <http://www.unhcr.org/497891022.pdf> (acceso 12/08/2018).

adelante la ONU)– se adoptara la Declaración de Nueva York, cuya finalidad es el establecimiento de un programa de trabajo para los actores estatales y de la sociedad civil en materia de promoción y protección de derechos de personas migrantes y refugiadas, a los fines de la redacción y adopción de un nuevo instrumento que permita la reinterpretación del paradigma de protección internacional consagrado en los sistemas universal y regional de protección de derechos humanos. Con particular interés en la regulación de aspectos que permiten observar la tendencia a la desaparición de la naturaleza humanitaria del procedimiento de determinación de la condición de refugiado, como consecuencia de la vigencia de un paradigma orientado a garantizar la seguridad interna de los Estados más que a la provisión efectiva de la protección internacional a la que se encuentran obligados⁹.

El nuevo paradigma propuesto intenta proteger los derechos humanos tanto de refugiados como de migrantes, independientemente de su condición, por ser “titulares de derechos”¹⁰ tal como se sostiene en los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal

9 Cfr. Flores S., Félix. *La ONU lanza un Pacto Global sobre Migración: ¿servirá para algo?*, Diario La Vanguardia-Internacional, 19 de julio de 2018, Barcelona, disponible en <https://www.lavanguardia.com/internacional/20180719/45956806551/onu-pacto-global-migracion.html>; cfr. Donoghue, David. *Una visión desde dentro de las negociaciones*, El País, 19 de junio de 2018, disponible en https://elpais.com/elpais/2018/06/18/3500-millones/1529345095_260692.html; y cfr. Refugee Law Initiative Blog., *Can we demand more from the Global Compact on Refugees? Reflecting on lessons from climate change cooperation*, 23 de febrero de 2018, versión en inglés disponible en <https://rli.blogs.sas.ac.uk/2018/02/23/can-we-demand-more-from-the-global-compact-on-refugees-reflecting-on-lessons-from-climate-change-cooperation/> (acceso 12/08/2018).

10 ONU. *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*, resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de septiembre de 2016, 3 octubre 2016, A/RES/71/1, párr. 5.

de Derechos Humanos (en adelante la DUDH). En este sentido, la Declaración de Nueva York aclara que –a pesar de regirse por marcos jurídicos diferentes– los refugiados y los migrantes poseen los mismos derechos humanos universales y las mismas libertades fundamentales dado que ambos enfrentan problemas comunes y similares situaciones de vulnerabilidad¹¹. Esto es así, dado que la movilidad humana ha adquirido la característica de fenómeno mundial con ramificaciones políticas, económicas, sociales y humanitarias para el desarrollo y los derechos humanos que trascienden las fronteras; por lo tanto, se exige un enfoque y soluciones mundiales.

Tampoco puede hacerse a un lado en el análisis propuesto, las actuales respuestas que en diversas partes del mundo se da a los flujos migratorios mixtos –migrantes, refugiados y solicitantes de asilo– basados en medidas legislativas y prácticas estatales cada vez más xenófobas y racistas¹². Frente a ello, la Declaración

11 En este punto se han considerado los desarrollos previos del ACNUR en materia de reconocimiento de derechos en los casos de flujos migratorios mixtos, a través de la propuesta e implementación de estrategias de identificación de aquellas personas necesitadas de protección internacional, no importando si su desplazamiento se da en el marco de flujos de personas migrantes. *Cfr.* ACNUR. *Flujos migratorios mixtos y protección internacional de refugiados*, Programa interamericano para la promoción y protección de los derechos humanos de los migrantes, Washington D.C., 13 de febrero de 2017, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2007/4785.pdf>; y *cfr.* ACNUR. *La protección de los refugiados y la migración mixta: El Plan de los 10 Puntos en Acción*, junio de 2009, disponible en <http://www.refworld.org/docid/4b02b3a52.html> (acceso 12/08/2018).

12 *Cfr.* Siegfried, Kristy. *The EU's "short-sighted" migration deal with Turkey*, IRIN, Refworld, ACNUR, 30 de noviembre de 2015, disponible en <http://www.refworld.org/docid/566149e34.html>; European Union: European Agency for Fundamental Rights. *Asylum and migration into the European Union in 2015*, Refworld, mayo de 2016, disponible en <http://www.refworld.org/docid/574fcdad4.html>; European Union: European Commission. *EU-Turkey Joint Action Plan: Third implementation report*, 4 de marzo de 2016, COM(2016) 144 final, Refworld, disponible en <http://www.refworld.org/docid/56e2d0114.html>; Amnesty

de Nueva York reconoce la necesidad de adoptar un enfoque integral y garantizar una “acogida rápida, respetuosa, humana y digna, que se centre en las personas y tenga en cuenta las cuestiones de género”¹³, reafirmando el régimen internacional de protección establecido en la Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1951 (en adelante la Convención de 1951) y su Protocolo Adicional de 1967, así como en los instrumentos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos¹⁴.

El presente trabajo se propone realizar un breve análisis comparativo del derecho a buscar y recibir asilo, y contemplado tanto en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante la Declaración Americana)¹⁵ como en la

International. *A Blueprint for Despair: Human Rights Impact of the EU-Turkey Deal*, 14 de febrero de 2017, EUR 25/5664/2017, disponible en <http://www.refworld.org/docid/58a30b0b4.html>; UN News Service. *UN rights chief calls on EU to adopt more “humane” measures on migration*, 10 de marzo de 2016, disponible en <http://www.refworld.org/docid/56e2f02740b.html>; Radio Free Europe/Radio Liberty- *EU “concerned” over humanitarian crisis on Balkan migrant route*, 23 de febrero de 2016, disponible en <http://www.refworld.org/docid/570cdf5812.html>; y European Union: European Agency for Fundamental Rights. *European legal and policy framework on immigration detention of children*, junio de 2017, disponible en <http://www.refworld.org/docid/5a53522b4.html> (acceso 13/08/2018).

13 ONU. *Declaración de Nueva York para los Refugiados...*, párr. 22.

14 Si bien la Corte IIDH explica que estos no constituyen originalmente tratados de derechos humanos en *stricto sensu*, su objetivo es la protección de los derechos humanos cuando no está disponible en el país de origen dado que “el objeto de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados es garantizar la protección internacional a través del reconocimiento del derecho de asilo, así como asegurar a las personas refugiadas el ejercicio más amplio posible de los derechos y libertades fundamentales”. *Cfr.* Corte IDH. *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 30 de mayo de 2018, párr. 41.

15 “ Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de

DUDH¹⁶, a los fines de establecer su trascendencia en la posterior adopción y entrada en vigencia de la Convención de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967, y la vigencia complementaria de estos instrumentos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, sin olvidar los desarrollos que llevaron a la adopción de la definición ampliada del estatuto de refugiado como consecuencia de la Declaración de Cartagena de 1984, para así establecer la trascendencia del nuevo cambio de paradigma que el Pacto Global de Refugiados presenta.

I. El derecho a buscar y recibir asilo. Breve análisis histórico de su contenido en las declaraciones, convenciones y jurisprudencia del sistema universal y regional de protección de derechos humanos

Históricamente, los desplazamientos masivos de población encontraron su origen en las guerras entre reinos, imperios y –luego– Estados. La necesidad de codificación internacional de las normas de protección de personas refugiadas surge luego de las devastadoras consecuencias de la Primera Guerra Mundial¹⁷,

acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales”. Artículo XXVII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

16 “1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. 2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”. Artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

17 El Tratado de Paz de Versalles de 1919 establece la creación de la Sociedad de las Naciones y los términos de la rendición del Imperio alemán, sumado a un conjunto de prescripciones respecto de los derechos de las personas que vivían en los territorios que fueron anexados por dicho Imperio con anterioridad al conflicto, como también del reparto del territorio alemán de ultramar.

acompañando el cambio de paradigma en las relaciones internacionales que significó la creación de la Sociedad de Naciones, primer organismo de cooperación interestatal que desarrollará iniciativas destinadas a ayudar a los refugiados en Europa respondiendo tanto a las nacionalidades –en los casos de Estados desintegrados– como a las deportaciones producto de legislaciones xenófobas. Así, bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones se adoptó la Convención sobre el Estatuto Internacional de los Refugiados, firmada el 28 de octubre de 1933 por cinco países: Bélgica, Bulgaria, Egipto, Francia y Noruega; otros se fueron adhiriendo posteriormente.

Es reconocida como el intento de mayor alcance por parte de la organización para definir las responsabilidades de los Estados respecto a los refugiados¹⁸, aunque no fuera el único en el período entre guerras¹⁹. Sin embargo, los esfuerzos de la Sociedad de Naciones no sirvieron para evitar un nuevo conflicto internacional; tampoco para proteger a las personas desplazadas durante la Segunda Guerra Mundial (en adelante la SGM), cuyas cifras superaron los registros anteriores. Para 1947, con el funcionamiento de la ONU, los Estados comienzan un arduo debate durante las sesiones de la Asamblea General el cual culmina con la creación de la Organización Internacional para los Refugiados (en adelante la OIR)²⁰, primera agencia

18 Jaeger, Gilbert. “On the History of the International Protection of Refugees”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 83, N° 843, Ginebra, Suiza, 2001.

19 *Cfr.* Alland, Denis. “Le dispositif international du Droit de l’asile. Rapport général”, en *Droit d’asile et des réfugiés, Colloque de Caen*, Société française pour le droit international, 30 mai - 1er juin 1996, éd. Pedone, París, 1997, pág. 29.

20 La creación de la OIR no fue pacífica; suscitó numerosos debates en lo concerniente al acuerdo estatal de su Estatuto de creación y funcionamiento, la forma en la que desempeñaría su cometido y los fondos que los Estados deberían destinarle; pero más importante: sobre la seguridad de los Estados de acogida, dado que entre los refugiados podría haber hombres y mujeres colaboradores del

internacional encargada del tratamiento integral de todos los aspectos de la vida de las personas refugiadas incluyendo el registro y la determinación del estatuto, así como la repatriación y el reasentamiento.

Por otro lado, en el ámbito interamericano, el proceso de codificación de las normas de protección internacional complementaria se sucedió en primer término a partir de cláusulas en los tratados destinados a regular la cooperación en materia penal –extradición–, para luego promover la adopción de instrumentos multilaterales regionales encargados de regular el instituto del asilo diplomático.

La adopción de un catálogo de tratados relacionados al asilo diplomático y territorial y a la no extradición por motivos políticos conllevó a lo que comúnmente se ha definido como “la tradición latinoamericana del asilo”. En la región, el concepto tradicional del asilo evolucionó con el desarrollo normativo del sistema interamericano de derechos humanos. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, incluyó el derecho al asilo en su Artículo XXVII, el cual conllevó al reconocimiento de un derecho individual de buscar y recibir asilo en las Américas. Este desarrollo fue seguido a nivel universal con la adopción en 1948 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,

régimen nazi. Asimismo, el Estatuto de creación de la OIR hace una referencia constante en su preámbulo y en el resto de su articulado a la existencia de “verdaderos refugiados”, quienes deberían ser los beneficiarios de la asistencia de la comunidad internacional. Se establece una definición de refugiado y de “persona desalojada”, a los fines de la asignación de la asistencia internacional conforme parámetros específicos de identificación con algún tipo de persecución en conexión con el conflicto bélico, descartando a toda persona que hubiera colaborado con estos: criminales de guerras, *quislings* y traidores. *Cfr.* ONU. *Refugiados y personas desalojadas*, debates en la Asamblea General de las Naciones Unidas, 67ª Sesión Plenaria, 1946. pp. 345 a 355.

en la cual el “el derecho de buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”, fue explícitamente reconocido en el artículo 14. A partir de ese momento, el asilo se empezó a codificar en instrumentos de derechos humanos y no sólo en tratados de naturaleza netamente interestatal²¹.

Dentro de este paradigma de protección, es innegable la convergencia de los textos de ambas declaraciones las cuales abogan por “[...] la idea de que el ser humano es titular de derechos consustanciales con su naturaleza, inalienables e imprescriptibles, de que estos derechos coexisten con deberes correlativos y que el Estado, y más aún, la autoridad y el poder, son medios para garantizar el bien común, que necesariamente se integra con el respeto y la existencia efectiva de esos derechos, ha sido una constante invariable de nuestra evolución política y jurídica”²².

Podemos observar, entonces, que desde su propia génesis ambos instrumentos promovían una misma visión de defensa de derechos fundamentales entre los cuales incluían el derecho a buscar y recibir asilo, no siendo obstáculo para ello la diferencia jurisdiccional de sistemas o la aparente diferencia de materias²³. Ello no fue modificado por la adopción y entrada en vigencia

21 Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25 de noviembre de 2013. párr. 137.

22 Gros Espiel, Héctor. “La Declaración Americana: Raíces conceptuales y políticas en la historia, la filosofía y el derecho americano”, *Revista IDH*, Núel I Especial, Costa Rica, 1989, p.42.

23 Se recomienda ver el análisis realizado sobre la complementariedad del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los refugiados, en Caçado Trindade, Antônio A. “Derecho internacional de los refugiados y derecho internacional de los derechos humanos: aproximaciones y convergencias”. *Estudios Internacionales*, 30(119-120), 1997, pp. 321 a 349.

de la Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1951 (en adelante la Convención de 1951) y su Protocolo Adicional de 1967 en el sistema universal, la cual no posee instrumento normativo similar en el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

Igual temperamento interpretativo sostuvo la Corte IDH al momento de decidir el caso de la familia Pacheco Tineo contra el Estado plurinacional de Bolivia; para ello analizó en profundidad el derecho mencionado, las cuestiones de debido proceso en su vigencia y las protecciones asociadas a la no devolución cuando se encontrare en grave riesgo la vida y seguridad de la persona solicitante de asilo, concluyendo que:

La importancia central de ambos tratados radica en que son los primeros instrumentos de rango mundial que regulan específicamente el trato debido a quienes se ven forzados a abandonar sus hogares por una ruptura con su país de origen. Aún si la Convención de 1951 no establece el derecho al asilo como un derecho de manera explícita, se considera incorporado de manera implícita en su texto, el cual menciona la definición de refugiado, la protección contra el principio de no devolución y un catálogo de derechos a los que tienen acceso los refugiados. Es decir, en esos tratados se asientan los principios básicos sobre los cuales se asienta la protección internacional de los refugiados, su situación jurídica y sus derechos y deberes en el país de asilo, así como asuntos relativos a la implementación de los respectivos instrumentos. Con la protección de la Convención de 1951 y su Protocolo de [sic] 1967, la institución del asilo asumió una específica forma y modalidad a nivel universal: la del estatuto del refugiado. Así, “la institución del asilo, que es una emanación directa del derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, enunciado en el párrafo 1 del artículo 14 de la Declaración Universal de

Derechos Humanos de 1948, es uno de los mecanismos más fundamentales para la protección internacional de los refugiados”²⁴.

El proceso señalado continúa con la adopción, en el ámbito regional, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la CADH) de 1969.

La conexidad es innegable desde la perspectiva histórica, surgiendo en los instrumentos interamericanos que reconocen el derecho a buscar y recibir asilo así como el principio de no devolución. De esta forma, el régimen de protección de refugiados no puede escindirse de los derechos humanos y – paralelamente– del proceso de positivización internacional y el desarrollo imperativo progresivo de los mecanismos de supervisión²⁵. Recientemente, la Corte IDH en su Opinión Consultiva 25/18 reafirmó que “el asilo es la figura rectora que recoge la totalidad de las instituciones vinculadas a la protección internacional de las personas forzadas a huir de su país de nacionalidad o residencia habitual”²⁶. Refiriendo con ello a que el proceso evolutivo del asilo pasó de ser una cuestión humanitaria a ser un imperativo religioso, para luego alcanzar el carácter jurídico tanto en el derecho internacional como interno, continuando su codificación en instrumentos internacionales multilaterales de derechos humanos²⁷.

24 Comité Ejecutivo del ACNUR. *Conclusión sobre la salvaguarda de la institución del asilo*, 1997, 48° período de sesiones del Comité Ejecutivo, N° 82 (XLVIII). El Comité Ejecutivo, por medio de su conclusión N° 5 de 1977, ya había hecho un llamamiento a los Estados parte de la Convención de 1951 y su Protocolo del 1967 a aplicar prácticas liberales y conceder asilo permanente o al menos temporal a los refugiados que hubiesen llegado directamente a su territorio. *Cfr.* Comité Ejecutivo del ACNUR. *Asilo 1977*, 28° período de sesiones del Comité Ejecutivo, N° 5 (XXVIII). Citado en Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo...*, párr. 139.

25 Corte IDH. *La institución del asilo...*, párr. 42.

26 *Ibid.*, párr. 65.

27 *Ibid.*, párr. 71.

II. Complementariedad del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados. Asilo territorial y diplomático: Aproximaciones desde la jurisprudencia de la Corte IDH

El análisis precedente nos permite observar cómo en diferentes sistemas de protección de derechos fundamentales de la persona, se esbozaron caminos normativos diversos para lograr obligar a los Estados a dicho cometido en los casos de desplazamientos forzados de población. Sin embargo, esta aparente diferencia de marcos jurídicos no debe ser interpretada en sentido adverso a su finalidad última: la defensa de la persona por su sola condición de tal, más allá del espacio geográfico en el que se encuentre.

Así, la universalidad de objetivos permite establecer la complementariedad del derecho internacional de los derechos humanos –tanto del sistema universal como del interamericano de protección– con el derecho internacional de los refugiados creado al amparo de los desarrollos posteriores a la SGM en el ámbito de la ONU.

[...] [E]s hoy ampliamente reconocida la interrelación entre el problema de los refugiados, a partir de sus causas principales (las violaciones de derechos humanos), y, en etapas sucesivas, los derechos humanos: así, deben éstos últimos respetarse antes del proceso de solicitud de asilo o refugio, durante el mismo y después de él (en la fase final de las soluciones duraderas). Los derechos humanos deben aquí ser tomados en su totalidad (inclusive los derechos económicos, sociales y culturales). No hay como [sic] negar que la pobreza se encuentra en la base de muchas de las corrientes de refugiados. Dada la interrelación arriba señalada, en nada sorprende que muchos de los

derechos humanos universalmente consagrados se apliquen directamente a los refugiados (v.g., Declaración Universal de Derechos Humanos artículos 9 y 13-15; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 12). Del mismo modo, preceptos del derecho de los refugiados se aplican también en el dominio de los derechos humanos, como es el caso del principio de no-devolución (Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, artículo 33; Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, artículo 3; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 22 (8) y (9)). **Es incuestionable que hay aquí un propósito común, el de la salvaguardia del ser humano**²⁸.

La Corte IDH también lo ha reconocido en igual sentido, con el desarrollo de criterios de complementariedad en materia de interpretación de las obligaciones asumidas por los Estados de la región respecto a las personas solicitantes de asilo y refugiadas desde un enfoque de derechos humanos, basados en los derechos consagrados en la CADH, la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, las directrices de interpretación elaboradas por el ACNUR y las legislaciones nacionales en materia de protección internacional complementaria²⁹.

Los desarrollos regionales fueron reafirmados con posterioridad por los Estados en la Declaración y el Plan de Acción de Brasil de 2014 en tanto:

“[...] Reconoce[n] los desarrollos de la jurisprudencia y la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los países en que se aplican, respecto del contenido y alcance del derecho a solicitar y recibir asilo incluido en los instrumentos

28 Cançado Trindade, Antônio A. “Derecho internacional de los refugiados...”, p. 323. El resaltado es de las autoras.

29 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo...*, párr. 142.

regionales de derechos humanos, su vinculación con los instrumentos internacionales sobre refugiados, el carácter *ius cogens* del principio de no devolución, incluyendo el no rechazo en frontera y la devolución indirecta, y la integración de las normas de debido proceso en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado para que éstos sean justos y eficientes³⁰.

El desarrollo normativo señalado por la Corte IDH es la base sobre la cual se asientan los principios básicos de la protección internacional de los refugiados, situación jurídica, derechos y deberes en el país de asilo, y la implementación de los instrumentos internacionales en los ámbitos internos. Asimismo, el artículo 22.7 de la CADH al establecer el derecho a buscar y recibir asilo expresa dos criterios de orden acumulativo: a) “de acuerdo con la legislación de cada país”, es decir, del país en el que se procura el asilo; y b) “de acuerdo con los convenios internacionales”. Todo lo cual debe ser analizado en forma conjunta con el reconocimiento del derecho a la no devolución plasmado en el artículo 22.8 de la referida Convención, el cual sustenta la interrelación entre el alcance y el contenido de esos derechos y el derecho internacional de los refugiados³¹.

En este punto resulta conveniente analizar el concepto de asilo territorial respecto del asilo diplomático³², el cual cuenta

30 Declaración de Brasil. “*Un Marco de Cooperación y Solidaridad Regional para Fortalecer la Protección Internacional de las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe*”. Brasilia, 3 de diciembre de 2014, disponible en: <http://www.acnur.org/5b5100c04.pdf>

31 Corte IDH, *Caso Familia Pacheco Tineo...*, párr. 142.

32 En Latinoamérica se ha tendido a asociar el vocablo “refugio” con la protección que los Estados reconocen en virtud del estatuto regulado en la Convención de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967, mientras que la palabra “asilo” suele asociarse a aquella protección de naturaleza diplomática y dependiente del ejercicio soberano de las prerrogativas estatales. Sin embargo, en la actualidad la

con una larga tradición normativa y doctrinaria en nuestra región, lo que en modo alguno afecta la complementariedad de las protecciones universales y regionales señaladas *ut supra*. El asilo, en tanto categoría de protección, surge en ambos continentes –europeo y latinoamericano– como una respuesta a los desplazamientos masivos de población asociados a distintas formas de persecución³³. Su codificación en el ámbito latinoamericano plantea la escisión entre el asilo territorial, comúnmente asociado al concepto de derecho de buscar y recibir asilo en tanto derecho humano, distinto del asilo diplomático³⁴ entendido como una protección dependiente de una prerrogativa estatal. De hecho, los instrumentos adoptados en este sentido no contienen una definición específica del concepto de asilo,³⁵

doctrina especializada considera zanjada la discusión a este respecto. Cfr. ACNUR y UNLa. “Investigación: El asilo y la protección de los refugiados en América Latina. Acerca de la confusión terminológica asilo-refugio. Informe de progreso elaborado por el equipo de investigación de la Universidad Nacional de Lanús”, en *Derechos humanos y refugiados en las Américas: Lecturas seleccionadas*, Buenos Aires, 2001.

33 Cfr. García-Mora, Manuel R. *International Law and Asylum as a Human Right*, Public Affairs Press, Washington, 1956, p. 44; y Grahl-Madsen, Atle. “Asylum, Territorial”, en Bernhardt Rudolf (ed.). *Encyclopedia of Public International Law*, North Holland Elsevier, Amsterdam, 1985.

34 “[L]a institución americana del asilo [diplomático], con las características especiales que asume en el continente, es el resultado de dos fenómenos derivados respectivamente del derecho y la política, los cuales han quedado en evidencia a lo largo de la historia de este grupo de Estados: por un lado, el poder de los principios democráticos, el respeto a las personas y a la libertad de pensamiento; por otro lado, la frecuencia inusual de rebeliones y luchas armadas, las cuales, luego de cada conflicto interno, a menudo ponían en peligro la vida y libertad de las personas en el bando perdedor”. Corte Internacional de Justicia (CIJ). *Caso relativo al derecho de asilo*, Memorial presentado por el Gobierno de la República de Colombia, 1950, Informes de la CIJ 1950, párr. 21.

35 Institut de Droit International. *L’asile en droit international public [à l’exclusion de l’asile neutre]*, Bath, 1950, disponible en http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1950_bath_01_fr.pdf (acceso 13/08/2018).

limitándose a la descripción de las situaciones que permitirían su otorgamiento.

Al respecto, la Corte IDH –en su reciente Opinión Consultiva 25/18– estableció que la figura del asilo constituye un concepto amplio que abarca tanto el asilo territorial como el asilo diplomático³⁶, dado que la propia formulación del artículo 22.7 de la CADH se refiere al “caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos”. Por lo tanto, se interpreta el significado del factor “territorio extranjero” y del condicionante “de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales” en el texto del artículo señalado, en consonancia con el artículo XXVII de la Declaración Americana, distinguiendo que el asilo diplomático no constituye un derecho individual sino una prerrogativa estatal, que “podría ser otorgada por los Estados en virtud de sus obligaciones derivadas de las convenciones sobre asilo diplomático o en virtud de decisiones de protección humanitaria y/o políticas adoptadas caso por caso”³⁷; por tanto, apartándolo del sistema de protección internacional de base humanitaria asociado a la dignidad de la persona que implica el estatuto de refugiado, conforme fuera regulado en la Convención de 1951.

En las diferencias terminológicas expuestas resulta innegable la imposibilidad de los Estados de restringir en forma desmedida el derecho a buscar y recibir asilo en sus normas internas.

36 El asilo diplomático, como prerrogativa de los Estados nación, constituía una herramienta en las relaciones internacionales de estos sujetos originarios del derecho internacional público cuya utilización comenzó a decaer a finales del siglo XVII, mientras que en América Latina su auge se comenzó a manifestar con mayor claridad a partir del siglo XIX. *Cfr. ONU. Question of Diplomatic Asylum: Report of the Secretary-General*, Asamblea General, A/10139 (Parte II), 22 de noviembre de 1975, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68bf10.html> (acceso 14/08/2018).

37 Corte IDH. *La institución del asilo...*, párr. 108.

Conforme al artículo 29 de la CADH, los Estados en sus legislaciones internas pueden ampliar el ámbito de la protección pero nunca restringirlo más allá de los mínimos fijados por dicho instrumento y el derecho internacional. Es decir, la remisión a los convenios internacionales no podrá ser interpretada en el sentido de limitar el derecho amén de lo establecido en la propia Convención. De esta forma, aquellos Estados que aún no cuenten con legislación interna en materia de provisión del estatuto de refugiado, deberán adoptar las medidas necesarias para regular de forma adecuada y conforme a los parámetros convencionales el procedimiento y otros aspectos necesarios para dotar de efecto útil al derecho a buscar y recibir asilo.

La regulación interna no solo debe centrarse en las convenciones latinoamericanas sobre asilo, sino también en el instrumento de mayor relevancia universal en cuanto a la protección de las personas forzadas a desplazarse; es decir, la Convención de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967, manteniendo en todo momento una interpretación evolutiva en cuanto a las necesidades de protección internacional, en aplicación del enfoque transversal de género, diversidad y edad³⁸.

38 Cabe resaltar que una de las funciones del ACNUR es la elaboración de documentos de interpretación de la Convención de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967, a los fines de promover una interpretación evolutiva de la definición clásica de refugiado, su adecuación a las definiciones ampliadas a través de instrumentos regionales –como la Declaración de Cartagena de 1984– y situaciones específicas como los desplazamientos forzados por motivos de violencia basada en el género –tanto en los casos de mujeres como de personas LGTBI– y los desplazamientos asociados a la violencia por parte de bandas de delincuencia organizada, entre otros. Véase ACNUR. *Documentos de políticas*, disponible en <http://www.refworld.org/es/category.POLICY,....0.html> (acceso 14/08/2018).

De igual manera, la Corte IDH explica que la terminología utilizada “de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”, es un parámetro inicial para suponer que todas las modalidades de asilo podrían estar incluidas bajo la protección del artículo 22.7 de la Convención de 1951³⁹. No obstante, la inclusión en dicho texto del término “en territorio extranjero” –en concordancia con el artículo XXVII de la Declaración Americana– lleva a interpretar que solo el asilo territorial se encuentra amparado por la norma, habiendo sido excluido el asilo diplomático. Por lo tanto, las personas que buscan asilo recibirán la protección justamente en el territorio de un Estado que no sea el de su nacionalidad o de su residencia habitual; “en el territorio” se refiere a la protección brindada por un Estado dentro de su jurisdicción geográfica. Si bien el principio pro persona se destaca en los instrumentos interamericanos, la protección de los derechos fundamentales debe encuadrarse en los propios límites que se establecen y en las garantías reconocidas.

A pesar de la evolución en la interpretación, la propia Corte IDH reconoció que en la actualidad algunos Estados de la región mantienen la práctica de otorgar asilo diplomático en casos concretos y en aplicación de las convenciones regionales señaladas *ut supra*. Es decir que ni la figura del asilo diplomático ni los motivos de su codificación, han evolucionado⁴⁰. El hecho de no incluir el asilo diplomático responde más a su concepción como prerrogativa estatal, discrecional de la potestad de otorgar o denegar dependiendo la situación. “De conformidad con el derecho internacional, el asilo diplomático consiste en una práctica humanitaria con la finalidad de proteger derechos fundamentales de la persona, la cual ha sido otorgada con el fin

39 Corte IDH. *La institución del asilo...*, párr. 108.

40 *Ibíd.*, *La institución del asilo...*, párr. 153.

de salvar vidas o prevenir daños a derechos fundamentales ante una amenaza inminente”⁴¹.

Cabe destacar que, en el proceso iniciado a partir de la Declaración de Nueva York, las categorías de asilo reseñadas –territorial y político– no fueron incluidas en tanto en el sistema universal de protección constituye una discusión zanjada, por cuanto el asilo diplomático es una práctica que ha caído en desuso en Europa y los Estados Unidos⁴². De esta forma, los Estados se comprometen a que el Pacto Global de Refugiados procure:

“que las políticas o los arreglos de admisión de refugiados estén en consonancia con las obligaciones que nos incumben en virtud del derecho internacional. Queremos que se flexibilicen las barreras administrativas con miras a acelerar los procedimientos de admisión de refugiados en la medida de lo posible. Cuando corresponda, ayudaremos a los Estados con el registro y la documentación tempranos y efectivos de los refugiados. También procuraremos que los niños tengan acceso a procedimientos apropiados para ellos. Al mismo tiempo, reconocemos que puede regularse la posibilidad de que los refugiados soliciten asilo en el país de su elección, con la garantía de que tengan acceso a protección y gocen de ella en otros lugares”⁴³.

Conviene resaltar que la Declaración de Nueva York, *a contrario sensu* de la Declaración Americana y la DUDH, constituye una manifestación del compromiso de los Estados en la materia pero carece de los efectos vinculantes *ius cogens* de las otras o de un tratado, no existiendo tampoco un consenso

41 *Ibíd.*, párr. 155.

42 Cfr. ONU. *Question of Diplomatic Asylum...*

43 ONU. *Declaración de Nueva York para los Refugiados...*, párr. 70.

global respecto a las categorías de asilo territorial y diplomático en el régimen internacional de protección de refugiados, desde la ampliación temporal y geográfica contenida en el Protocolo de 1967.

III. Asilo, refugio y debido proceso. Análisis de cuestiones de procedimiento en materia de determinación de la condición de refugiado en la jurisprudencia interamericana

La Declaración Americana, la DUDH, la Convención de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967 así como la CADH, establecen el derecho a buscar y recibir asilo. Sin embargo, ninguno de los instrumentos normativos mencionados contiene pautas de procedimiento dejando libradas la determinación de estas a las legislaciones internas de cada Estado.

Atendiendo a la diversidad interpretativa, en particular a la posibilidad de que en sus ámbitos normativos internos los Estados pudieran restringir el derecho consagrado en el ámbito internacional incumpliendo las obligaciones asumidas, a instancias del ACNUR y en cumplimiento de su mandato se elaboró un manual⁴⁴. En este se sistematizan las normas de procedimiento específicas a ser aplicadas en la determinación de la condición de refugiado por los Estados signatarios de la Convención de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967, siendo posteriormente complementado por diversos documentos y directrices para situaciones específicas. En este sentido, el Comité

44 ACNUR. *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, reedición, Ginebra, diciembre de 2011, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8983.pdf> (acceso 14/08/2018).

Ejecutivo del ACNUR ha señalado que “el fin [es] asegurar que se identifique y se otorgue protección a los refugiados y otras personas que reúnan las condiciones para acogerse a protección en virtud del derecho internacional o nacional”⁴⁵. El objetivo no es otro que la realización de una valoración y la toma de una decisión sobre el potencial riesgo que afectaría la vida, la integridad y la libertad de la persona, resultando necesaria la aplicación de los principios de no discriminación y debido proceso en el procedimiento de la determinación de la condición de refugiado, evitando de esta manera que se tomen decisiones arbitrarias.

La modificación constante en la relación entre los Estados y la aparición de nuevos fenómenos capaces de generar desplazamientos forzados de población, han llevado a que una de las preocupaciones principales en materia de protección internacional sea el establecimiento de parámetros que sirvan a los fines de garantizar procedimientos de asilo “justos y eficientes”⁴⁶, capaces de promover el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados en condiciones de igualdad.

De esta forma se promueve la incorporación del derecho al debido proceso, entendido como “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier

45 ACNUR. *Conclusiones del Comité Ejecutivo sobre la protección internacional de los refugiados*, N° 71 (XLIV), Conclusión general sobre la protección internacional, 1993 (44° período de sesiones del Comité Ejecutivo), lit. i.

46 ACNUR. *Proceso de asilo (Procedimientos de asilo justos y eficientes)*, Consultas globales sobre protección internacional, 31 de mayo de 2001, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2888.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2004/2888> (acceso 14/08/2018).

acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”⁴⁷, el cual debe respetarse en toda naturaleza de procedimientos⁴⁸. Esto resulta de suma relevancia, en tanto que en la mayoría de los Estados el procedimiento para determinar la condición de refugiado es de naturaleza administrativa, pudiendo entenderse su regulación ajena a las garantías y defensas amplias de los procesos penales, lo cual ha sido ampliamente discutido acordándose para el primero las mismas garantías que a los segundos⁴⁹.

En el ámbito interamericano, es posible afirmar que el procedimiento administrativo para la determinación de la condición de refugiado, no escapa a la vigencia del derecho al debido proceso⁵⁰. En este sentido, la CIDH señaló que “el proceso para determinar quién es o quién no es un refugiado implica hacer determinaciones caso por caso que puedan influir en la libertad, la integridad personal e inclusive la vida de la

47 Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C N° 151, párrs. 108 y 116; Corte IDH. *Garantías judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987, Serie A N° 9, párr. 27; y véase Rodríguez Rescia, Víctor. “El Debido Proceso Legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Fix-Zamudio, Héctor. *Liber Amicorum*, Vol. II, Corte IIDH, Costa Rica, 1998, pp. 1296 y 1305.

48 Corte IDH., *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 125.

49 Cfr. Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú* (Reparaciones y Costas), sentencia del 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74, párr. 103; y Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Per.* (Competencia), sentencia del 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 71, párr. 70.

50 CIDH. *Informe 51/96, Caso 10.675, Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros vs. Estados Unidos*, 13 de marzo de 1997, OEA/Ser.L/V/II.95, Doc. 7 rev. at 550 (1997), párr 154.

persona de que se trate”⁵¹, llevando implícita la necesidad de que los principios básicos de igual protección y debido proceso consagrados en la CADH no solo se hagan presentes en este tipo de procedimientos sino también que los vuelvan previsibles, dotando de coherencia la toma de decisiones por parte de las autoridades nacionales encargadas de decidir en materia de reconocimiento del estatuto de refugiado.

Las garantías al debido proceso cobran particular relevancia en los casos de personas necesitadas de protección internacional que ingresan en forma irregular en un Estado en busca de asilo, como en lo atinente a la expulsión y la posible afectación del principio de no devolución. Así, en el citado caso de la familia Pacheco Tineo, la Corte IDH –de acuerdo con la evolución del marco jurídico internacional aplicable a los derechos humanos– señaló que los migrantes indocumentados o en situación irregular eran identificados como grupo en situación de vulnerabilidad dada su especial desprotección⁵². En este sentido, las garantías de base convencional deben estar en consonancia con las directivas y criterios adoptados por el ACNUR –instrumentos interamericanos e internacionales– con el fin de lograr un examen correcto de cada solicitud, obligando a los Estados en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado a lo siguiente:

51 CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, 28 de febrero de 2000, párr. 52.

52 La situación descrita supone una vulnerabilidad ideológica, contextualizada históricamente en cada Estado y mantenida por *jure* –desigualdad en las leyes para nacionales como y de facto para extranjeros, que es la desigualdad estructural. Ello no implica la imposibilidad de accionar contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, pero deben adoptarse medidas que respeten los derechos humanos garantizando su goce y ejercicio por todas las personas bajo su jurisdicción, sin discriminación por razones de regularidad o irregularidad migratoria, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.

“a) [garantizar] al solicitante las facilidades necesarias, incluyendo los servicios de un intérprete competente, así como, en su caso, el acceso a asesoría y representación legal, para someter su solicitud ante las autoridades. En este sentido, el solicitante debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse, en un lenguaje y modo que pueda comprender y, en su caso, se le debe dar la oportunidad de ponerse en contacto con un representante de ACNUR; b) la solicitud debe examinarse, con objetividad, en el marco del procedimiento establecido al efecto, por una autoridad competente claramente identificada, lo cual requiere la realización de una entrevista personal; c) las decisiones que se adopten por los órganos competentes deben estar debidamente fundamentadas en forma expresa. d) con la finalidad de proteger los derechos de los solicitantes que puedan estar en riesgo, el procedimiento de asilo debe respetar en todas sus etapas la protección de los datos del solicitante y de la solicitud y el principio de confidencialidad; e) si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre cómo recurrir y concedérsele un plazo razonable para ello, según el sistema vigente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada; y f) el recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación, a menos que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada”⁵³.

Este criterio fue mantenido por la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-25/18, en la cual hizo hincapié en los casos en que los procedimientos administrativos o judiciales impliquen

53 Corte IDH, *Caso Familia Pacheco Tineo...*, párr. 159.

expulsión o deportación; en los mismos. los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos contenidos en el artículo 22, -7 y 8- de la CADH, como también proveer toda acción conducente a la vigencia de recursos judiciales efectivos, rápidos y adecuados conforme los derechos reconocidos en los artículos 8 y 25 de dicho instrumento⁵⁴.

La importancia de lo expuesto radica en que el artículo 22.8 de la CADH establece la prohibición de expulsar o devolver cualquier persona extranjera a otro país –sea o no el de su origen– en atención al grave riesgo que ello pudiera implicar para su vida e integridad por cuestiones de raza, nacionalidad, religión, condición social u opiniones políticas. No obstante, debe tenerse en cuenta que el principio de no devolución – conforme su reconocimiento en la Convención de 1951 y en la CADH– constituye la piedra angular del derecho internacional de los refugiados, el cual goza de naturaleza *ius cogens*; es decir, que su base consuetudinaria permite imputar la responsabilidad de su incumplimiento a todos los Estados de la comunidad internacional, no siendo necesaria la previa vinculación normativa específica de estos⁵⁵.

54 “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”. Artículo 25 de la Convención Americana.

55 Cfr. ACNUR. *Note on Non-Refoulement (EC/SCP/2)*, 1977, párr. 4; véase Weis, Paul. *The Refugee Convention, 1951: The Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, p. 341; y ACNUR. *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de*

Por otro lado, a diferencia del principio de no devolución del derecho internacional de los refugiados regulado en el artículo 33.1 de la Convención de 1951, su similar del sistema interamericano de protección de derechos humanos engloba la protección de toda persona –nacional o extranjera– no siendo requisito que manifieste necesidades de protección internacional atinentes al reconocimiento de su condición de refugiado. Esto fue analizado por la Corte IDH, la cual consideró que el ámbito de protección contra la devolución no se circunscribe a que la persona se encuentre en el territorio del Estado, sino que también obliga a los Estados de manera extraterritorial siempre que las autoridades ejerzan su autoridad o el control efectivo sobre tales personas, como puede suceder en las delegaciones que por su propia naturaleza se encuentran en el territorio de otro Estado con su consentimiento⁵⁶. Tales conductas incluyen –entre otras– la deportación, la expulsión o la extradición, pero también el rechazo en frontera, la no admisión, la interceptación en aguas internacionales y el traslado informal o “entrega”.

De lo expuesto, puede concluirse que el principio de no devolución es exigible por cualquier persona extranjera –incluyendo aquellas en búsqueda de protección internacional, bajo la jurisdicción de un Estado– con independencia de que se encuentre en el territorio terrestre, fluvial, marítimo o aéreo de este, incluyendo así los actos realizados por las

*no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7123.pdf> (acceso 14/08/2018). La naturaleza de norma imperativa del principio de no devolución surge, también, del artículo 5 de la CADH donde se consagra “el deber del Estado de no deportar, devolver, expulsar, extraditar o remover de otro modo a una persona que esté sujeta a su jurisdicción a otro Estado o a un tercer Estado que no sea seguro, cuando exista presunción fundada para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Corte IDH. *La institución del asilo...*, párr. 181.*

56 Cfr. Corte IDH. *La institución del asilo...*, párr.188.

autoridades migratorias y fronterizas, como también aquellos que fueran ejecutados por funcionarios diplomáticos. Esta fue la interpretación y la afirmación que los Estados de la región efectuaron en sus aportes para el Pacto Global de Refugiados; lo hicieron en los siguientes términos: “[...] [r]eafirmamos la importancia del respeto del principio de no devolución y las garantías de debido proceso, la consolidación de los sistemas de asilo de calidad, la búsqueda de soluciones duraderas, la utilización de otras vías legales de admisión y el acceso a la documentación, los medios de vida y los servicios básicos, así como la gestión de casos con necesidades específicas de protección y el combate a la xenofobia y a la discriminación y la observancia de los derechos humanos”⁵⁷.

Lo expuesto demuestra el compromiso regional con miras a la adopción del Pacto Global de Refugiados, buscando garantizar la vigencia del marco de complementariedad jurídica existente y analizado respecto a las garantías del debido proceso en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado en aplicación de la normativa específica del sistema universal –la Convención de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967– como de los tratados del sistema interamericano de protección de derechos humanos –en particular de la CADH–⁵⁸ reiterando

57 ACNUR y otros. *Los 100 puntos de Brasilia. Aportes de América Latina y el Caribe para el Pacto Mundial sobre Refugiados*, 20 de febrero de 2018, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2018/11588.pdf> (acceso 15/08/2018).

58 Este deber de cooperación constituye una norma consuetudinaria de derecho internacional, cristalizada en el artículo 4.2 de la Resolución 2625 de la Asamblea General de la ONU concerniente a la Declaración de Principios de derecho internacional relativas a las relaciones amistosas y cooperación entre Estados conforme a la Carta de Naciones Unidas, la cual fue adoptada de forma unánime por los Estados miembros; esta, en el sistema interamericano de derechos humanos, se traduce en un mecanismo de garantía colectiva subyacente en la CADH que incumbe a todos los Estados del sistema interamericano cooperar

el “[...] compromiso con la solidaridad regional, la cooperación sur-sur y la responsabilidad compartida para encontrar respuestas efectivas y predecibles para las necesidades humanitarias de las personas solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado, refugiadas, desplazadas y apátridas, así como para avanzar hacia soluciones duraderas”⁵⁹.

Conclusión

El análisis precedente permite observar la estrecha relación existente entre los desarrollos normativos, a partir de las concepciones propias sobre el derecho a buscar y recibir asilo establecidos tanto en la Declaración Americana como de la DUDH.

El carácter consuetudinario de los derechos contenidos en ambos instrumentos y la similitud en la génesis de ambos, como los desarrollos normativos posteriores sucedidos bajo su amparo e impulso, han permitido establecer no solo la complementariedad del sistema interamericano de protección de los derechos humanos respecto del derecho internacional de los refugiados sino también la conformación de pautas, criterios y estándares de protección con la finalidad de asegurar el pleno acceso y goce efectivo de derechos por parte de todas las personas; en particular, de aquellas necesitadas de protección internacional.

La Corte IDH en sus competencias contenciosa y consultiva ha mantenido este criterio, instando a los Estados a realizar las

entre sí para cumplir con sus obligaciones internacionales, tanto regionales como universales. *Cfr. Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo...*, párr. 143.

59 ACNUR. *Los 100 puntos de Brasilia...*

acciones conducentes en materia de protección de las personas refugiadas y solicitantes de asilo en la región. Sin embargo, no podemos obviar las implicancias que –sobre dicho marco normativo– ejerce en el cambio de paradigma propuesto con la adopción del Pacto Global de Refugiados imbuido en los fenómenos actuales que afectan a la movilidad humana, donde el movimiento de refugiados y migrantes adquirió dimensiones mundiales con múltiples ramificaciones –en ocasiones interconectadas– cuya protección está basada en el reconocimiento del carácter universal de los derechos humanos y la positivización desarrollada por el derecho a buscar y recibir refugio como un derecho fundamental. En este sentido, el marco de respuesta integral para los refugiados que menciona la Declaración de Nueva York –como camino para el urgente Pacto Global de Refugiados– se basa en la cooperación internacional, distribución de la carga y la responsabilidad, para lo cual es necesario “un apoyo amplio en materia de políticas, asistencia y protección, en consonancia con las obligaciones que incumben a los Estados en virtud del derecho internacional”⁶⁰.

Así, lo que parecería ser la solución nos plantea interrogantes acuciantes a la luz de las políticas de algunos Estados respecto del tratamiento de los flujos de personas refugiadas y solicitantes de asilo, los que demuestran que en muchos casos son cada vez menos quienes se encuentran amparados por el “refugio” y cada vez más quienes enfrentan una cooperación estatal en materia de seguridad amparada por marcos teóricos carentes de aplicación práctica.

60 ONU. Asamblea General, *Declaración de Nueva York para los Refugiados...*, párr. 11.

Expressão e democracia no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

*André Almeida Gonçalves**

*Mariana Ferreira Silva***

1. Introdução

Um dos pilares da sociedade democrática é a garantia à liberdade de expressão. Isso porque é ela que possibilita a livre circulação de informações e opiniões, capaz de integrar ideias e construir entendimentos a partir do embate político. Afinal, é por meio do jogo de dar e pedir razões, que só pode ocorrer por meio do ato discursivo, que o consenso em torno de uma melhor razão pode ser estabelecido, tal qual descrito por Habermas¹.

Dessa forma, ao longo da história, uma série de instrumentos internacionais em matéria de direitos humanos incluíram a garantia à liberdade de expressão em seus postulados protetivos,

* Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bolsista do Programa de Monitoria da UFMG na disciplina Teoria do Estado II, sob orientação do Prof. Dr. Onofre Alves Batista Júnior. Monitor do Grupo de Estudos em Direito Internacional dos Direitos Humanos.

** Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bolsista PIBIC em Liberdade de expressão e tolerância: esfera pública e democracia na tensão entre o liberalismo e o comunitarismo, sob orientação do Prof. Dr. Marcelo Campos Galuppo. Pesquisadora da Clínica de Direitos Humanos da UFMG.

1 DECAT, Tiago Lopes. *Racionalidade, Valor e Teorias do Direito*. São Paulo: D'Plácido, 2015.

como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)², Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)³, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)⁴, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (1966)⁵ e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)⁶.

Dada sua importância, o tema já foi objeto de inúmeros casos, pareceres e relatórios dos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) que atuam para sua manutenção. Ainda, desde outubro de 1997, o SIDH conta inclusive com a assistência da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão,

-
- 2 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, artigo 11º: “A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.
 - 3 Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 19: “Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e expressão; o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”. Tradução extraída de: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf.
 - 4 Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, artigo 4: “Toda pessoa tem direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio”.
 - 5 Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, artigo 19: “1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá o direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.” Tradução extraída de: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>.
 - 6 Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 13.1: “Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha”.

escritório criado no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) para tratar especificamente da matéria.

Sua relevância, assim reafirmada, faz com que seja imperiosa a estruturação do conhecimento já construído acerca do tema para que haja um entendimento claro e consolidado capaz de oferecer perspectivas e diretrizes no trato do direito à liberdade de expressão, tanto para os Estados partes quanto para os próprios agentes do Sistema. Vale ressaltar que, no ano de 2018, completam-se 70 anos tanto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, como da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Portanto, tendo decorrido esse longo lapso temporal, é de extrema importância analisar como tem se consolidado a garantia à liberdade de expressão no Sistema Interamericano. Dessa forma, é a partir da compilação de informações conjuntamente com sua revisão crítica que se pretende contribuir para o avanço do estado atual dos estudos acerca da garantia à livre expressão dentro do escopo do Sistema Interamericano.

Para tanto, estabeleceremos primeiramente o propósito protetivo da garantia à liberdade de expressão, seu limite de alcance e formas adequadas de intervenção estatal para sua promoção. Em seguida, será realizada uma análise jurisprudencial pautada, sobretudo, em três decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), para que possamos entrever e traçar uma linha de entendimento enunciada pelo órgão referido. Por fim, examinaremos em que medida a Corte IDH mantém uma consistência entre seus julgados e o grau de consonância ou dissonância entre o ideal de liberdade de expressão defendido no presente artigo e o por ela adotado. Além disso, serão tecidas as possíveis implicações da teorização acima anunciada nos três primeiros subtemas anteriormente aludidos na medida em que estes aparecem em cheque nos casos selecionados para análise.

2. Aspectos teóricos do direito à liberdade de expressão

A origem histórica da liberdade de expressão como demanda político-institucional remonta ao Iluminismo, aparecendo como uma das facetas de garantia do primado político do indivíduo⁷. No âmbito do direito, encontra-se consolidada já na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: aqui, importa notar que esta garantia encontra expressão individual, já que situada em um contexto formalista de Estado Liberal, e possui dimensões substantiva – a expressão de pensamentos e ideias propriamente dita; e instrumental – os meios pelos quais a ideia é exprimida e divulgada⁸. Além disso, ela não é tida por absoluta, anunciando uma perspectiva relativista de tensão com outros direitos fundamentais.

Dentro da perspectiva internacional no mundo moderno, a origem da garantia à liberdade de expressão resguarda-se na septuagenária Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, apesar de não ser o primeiro documento a tratar do tema e, de forma mais ampla, dos direitos humanos, “é, inquestionavelmente, o documento fundante do Direito Internacional dos Direitos Humanos [como campo próprio do Direito]. Ela estabelece os parâmetros básicos do significado de ‘direitos humanos’ nas relações internacionais contemporâneas”⁹. Assim, é um

7 COSTA, Maria Cristina Castilho. “Liberdade de Expressão Como Direito – História e Atualidade”. *Nhengatu - Revista iberoamericana para Comunicação e Cultura contrahegemônicas*, v. 1, n.1, 2013, s/p.

8 FALSARELLA, Christiane Mina. “A liberdade de expressão na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 61, 2012, p. 149-174.

9 DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights: In Theory and Practice*. Nova Iorque: Cornell University, 2013, p. 26, tradução nossa. Original: “*The Universal Declaration, however, is unquestionably the foundational document of international human rights law. It establishes the basic parameters of the*

marco comum à comunidade internacional no que se refere ao entendimento dos direitos humanos como, efetivamente, Direito, e, ainda, como postulado com conteúdo real para além de mero recurso retórico.

Tanto no referido instrumento quanto nos demais documentos internacionais que tratam da matéria, há, como elemento comum, a relativização do direito à expressão frente a outras garantias igualmente protegidas, em consonância com o entendimento prévio trazido pela Declaração de 1789. Deste modo, não há dúvidas de que a compreensão que se estabeleceu e que rege a matéria de liberdade de expressão dentro do Direito Internacional dos Direitos Humanos é no sentido de uma necessidade de se balancear princípios concorrentes a essa garantia.

Além disso, nota-se também a incorporação da dimensão coletiva à referida garantia, marcadamente pela presença do direito de buscar informações e ideias, elencado expressamente tanto no artigo 19 da Declaração Universal quanto no artigo 13 da Convenção Americana. Essa expansão da amplitude do direito à livre expressão torna o tema passível de ser destrinchado em uma diversidade de áreas, tais como regulação da imprensa, conflitos com o direito à honra, discriminação e seletividade, discurso de ódio, pornografia, financiamento de campanha, entre muitos outros¹⁰.

Sob essa ótica, há de se observar a conexão entre o direito à livre expressão e questões democráticas. Essa ligação é percebida com base nos princípios básicos que passaram a nortear os Estados como exigências da democracia¹¹, quais sejam, a supremacia da

meaning of “human rights” in contemporary international relations”.

10 Sobre o tema, ver Sunstein, Cass Robert. *Democracy and the Problem of Free Speech*. Nova Iorque: The Free Press, 1993.

11 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. São Paulo:

vontade popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos, com os quais a liberdade de expressão dialoga. Assim, estabelece-se que a garantia à liberdade de expressão favorece a formação da opinião popular, possibilita a participação dos cidadãos na vida em sociedade e, ainda, que tal direito não pode ser alvo de restrições em decorrência de fatores sociais.

Deve-se também notar que um dos aspectos primordiais do discurso, que torna a expressão tão conectada com a manutenção da democracia, é a politicidade inerente à linguagem. Importa destacar que linguagem, aqui, não se restringe apenas à oralidade: significa, mais do que isso, “a capacidade de os seres humanos comunicarem-se por meio de um sistema de signos”, sejam eles sonoros, corporais, visuais ou de qualquer outra natureza¹². Conforme expõe Bakhtin¹³, o discurso é revestido de natureza dialógica, pois sempre se remete a outras conceituações discursivas por um processo inferencial e holístico. A partir das conexões entre os discursos e seus diferentes poderes, instaura-se uma tensão entre as possibilidades da fala, como se comprova pelo fragmento seguinte:

[c]omo nota Faraco, um dos significados da palavra diálogo é o que remete a ‘solução de conflitos’, ‘entendimento’, ‘promoção de consenso’; no entanto, o dialogismo é tanto convergência, quanto divergência; é tanto acordo, quanto desacordo; é tanto adesão, quanto recusa; é tanto complemento, quanto embate. Prossegue ainda Faraco, mostrando que, na verdade, ‘o Círculo de Bakhtin entende as relações dialógicas como espaços de tensão entre os enunciados’, pois, ‘mesmo a responsividade caracterizada pela adesão incondicional ao dizer de outrem se

Saraiva, 2011.

12 FIORIN, José Luiz. “Língua, discurso e política”. *Alea*, v.11, n.1, 2009, p. 149.

13 *Ibid.* p. 148-165

faz no ponto de tensão deste dizer com outros dizeres (outras vozes sociais)'. Isso significa que, do ponto de vista constitutivo, o dialogismo 'deve ser entendido como um espaço de luta entre as vozes sociais'. Assim, pode-se dizer que, constitutivamente, a relação dialógica é contraditória.¹⁴

Apesar da grande importância democrática da expressão, certo é que, ainda que a natureza política lhe esteja sempre subjacente, o discurso não se limita apenas ao uso eminentemente político ou, ainda, este não constitui a faceta principal de parte de seu uso. A existência de um pressuposto político, ainda que mínimo, em todo tipo de comunicação, portanto, não pode servir de escusa a todo e qualquer tipo de intervenção à expressão, sob pena de formas discursivas como o suborno, o assédio e a ameaça, cujos conteúdos são de quase nenhum valor social, recobrirem-se sob o manto protetivo do direito à livre expressão e serem praticadas dentro da legalidade¹⁵.

Assim, faz-se necessário conceber uma teorização capaz de fornecer critérios suficientemente razoáveis e tangíveis para atribuir protetividade ao discurso. Nessa esteira, Sunstein¹⁶ sustenta que a defesa da liberdade de expressão tem por propósito o cumprimento do ideal madisoniano de proporcionar a deliberação pública. Esse ideal, entretanto, não pode ser atingido em toda sua potência se optarmos pela absoluta irrestrição do discurso: assim como o livre mercado econômico possui falhas intrínsecas que requerem a intervenção governamental para serem sanadas, o mercado livre das ideias também por si só não é capaz de garantir uma deliberação social com igual possibilidade de participação entre as vozes concorrentes. Exemplo dessas

14 *Ibid.* p. 152-153.

15 Sunstein, Cass Robert. *Democracy and the Problem of Free Speech*. Nova Iorque: The Free Press, 1993.

16 *Id.*

distorções é o maior alcance da difusão de discursos minoritários que possuem apoio e financiamento de grandes empresários, em detrimento de opiniões advindas de parcelas populacionais maiores, mas de menor poder aquisitivo e influência midiática.

Para corrigir os problemas que a liberdade irrestrita ocasionaria, são permissíveis regulações, que devem ser vistas como formas de aprimorar e viabilizar o bom exercício do direito. Cabe ressaltar que a regulação (*regulation*) não se confunde com a limitação (*abridgment*), uma vez que esta se caracteriza pela diminuição da liberdade, e não seu aperfeiçoamento¹⁷. Nesse sentido, as diretrizes propostas por Baker¹⁸ parecem ser as mais adequadas para que o propósito do direito à expressão seja preservado e sua prática, possibilitada frente a outros princípios e interesses concorrentes. Estas consistem em seis princípios de aplicabilidade prática para definir quais formas de expressão podem ser banidas e como o discurso pode ser regulamentado corretamente, sem ferir a liberdade de expressão.

Cabe evidenciar, antes de tudo, que a expressão a ser protegida por Baker não abrange nenhum ato expressivo que seja coercitivo ou violento. Isso porque o propósito protetivo dessa liberdade, para ele, é, mais do que tão somente a importância da expressão em garantir valores como o acesso e aprimoramento do conhecimento, a deliberação e a democracia; o de possibilitar a ocorrência desses valores de uma maneira particularmente humanizada, não-opressiva¹⁹.

17 MEIKLEJOHN, Alexander. *The First Amendment is an Absolute*. Chicago: Supreme Court Review v. 1961, n. 1, 1961, p. 245-266.

18 BAKER, C. Edwin. *Human Liberty and Freedom of Speech*. Oxford: Oxford University, 1989.

19 *Id.*

A primeira diretriz estabelece que restrições pautadas no conteúdo da expressão só podem ocorrer em circunstâncias muito bem delimitadas e específicas. O teor dessas condições, segundo o autor, pode ser vislumbrado a partir da leitura dos outros princípios em conjunto. Essa permissão de solapamento de alguns discursos em proveito de outros ocorre para lugares, por exemplo, que possuem destinação específica e, por suas naturezas, requerem um uso igualmente específico de discurso a ser utilizado - *e.g.* é o caso de cortes, nas quais o juiz pode silenciar a expressão desordeira ou imprópria ao bom funcionamento do tribunal.

O segundo preceito é que, de modo geral, regulações direcionadas diretamente à restrição da expressão são, na verdade, limitações impermissíveis. Essa, portanto, é a regra geral para a qual os demais princípios apresentar-se-ão como exceções. Entende-se por ela que não se pode desfavorecer formas de expressão em especial por não se adequarem aos ideais de quem regula. Entretanto, Baker deixa claro que esse princípio não impede que aspectos não-expressivos da conduta – que entenderemos ser, à luz da definição de linguagem dada anteriormente, os que não se utilizem de signos visando fins comunicativo-expressivos – possam ser fontes de problemas a serem regulamentadas, apenas que a conduta expressiva não o possa diretamente.

O terceiro princípio institui que não se pode restringir a expressão, a não ser que ela seja incompatível com o tempo, espaço e a maneira destinadas ao ambiente em que está sendo exercitada. Diferentemente do anterior, aqui, a liberdade fica protegida também contra discriminação que não seja direta ao aspecto expressivo da conduta se esta mostrar-se desnecessária. Assim, fica afastada a possibilidade de solapamento do direito em pauta frente a ponderações utilitaristas de custo-benefício, que desconsideram a igual importância da liberdade de expressão

frente a outros valores, não podendo, portanto, ser suprimida tão somente em nome do bem-estar coletivo ou de qualquer outro favorecimento desproporcional a outro princípio.

A quarta proposição trata do *zoning*, que é a possibilidade de regulamentar o uso de infraestruturas públicas para o exercício do direito de expressar-se. Para Baker, o *zoning* na forma de cobrança será válido para recompensar o oferecimento de instalações cujo uso normalmente não se destina à expressão pública ou quando a cobrança pela infraestrutura é feita indiscriminadamente, e não para usos específicos. Não é possível, deste modo, cobrar pelo uso expressivo em locais onde as pessoas têm o direito de estar, sob pena da taxa servir à supressão do discurso. A regulamentação ou restrição do uso de lugares, por sua vez, só é possível quando é razoável, não diminuindo substantivamente o exercício da liberdade, já que não se trata de um direito meramente formal; e quando há outros canais de expressão possíveis, acessíveis e que atinjam resultados equivalentes aos anteriores.

A quinta proposta é que, no exercício de sua liberdade de expressão, as pessoas não possam perturbar intencional e desnecessariamente a vivência de terceiros. A interferência, por si só, não justifica a regulação, já que é inerente a certas formas de manifestação. Neste caso, sendo os direitos envolvidos na tensão entre manifestantes e demais interessados de igual importância, um não pode prevalecer sobre o outro. Assim, qualquer que seja a forma de solucionar o problema, como sortear o uso ou deixá-lo para quem chegou no local em disputa primeiro, não pode ser baseado no escalonamento da importância de diferentes direitos em relação uns aos outros. Ainda, são vedadas restrições ao número de participantes ou a tumultos resultantes dos presentes exercitando a expressão, já que não necessariamente acarretam em atos violentos e ferem o direito das pessoas em estarem lá.

Por fim, o sexto e último princípio prevê que podem ser fornecidos benefícios para a melhor realização do direito de expressão sob certas condições, desde que estas não minem o conteúdo ou restrinjam o exercício da liberdade em pauta. A definição do que é benefício em relação ao direito comum e geral cabe ao entendimento comum e à tradição, já que critérios positivistas são por demais contingenciais.

Com essas informações e considerações em mãos, importa agora observar a prática atual no Sistema Interamericano quanto ao trato da liberdade de expressão e em que medida ela se relaciona com a teoria aqui apresentada.

3. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A fim de aprofundarmo-nos na discussão sobre o que tange o direito à liberdade de expressão nos sistemas democráticos, o presente artigo toma como objeto de estudo o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. A seguir, discorreremos sobre sentenças emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos disponíveis na página web da Corte IDH.

Nesse sentido, dentro do debate acerca da liberdade de expressão no Sistema Interamericano (do qual o Brasil é membro desde 1992 e sujeito à jurisdição contenciosa da Corte IDH desde 1998), a Convenção e a Declaração Americana adquirem especial importância, já que são os principais e mais abrangentes dentre os instrumentos cujas disposições se constituem em obrigações passíveis de serem fiscalizadas e exigíveis frente aos órgãos do referido Sistema²⁰.

20 PASQUALUCCI, Jo M.. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2013, p. 83-116.

A possibilidade de supervisão pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e de judicialização frente à Corte IDH resultou em um grande número de relatórios, pareceres e sentenças acerca do tema, possibilitando um avanço nas discussões sobre a definição de limites e da abrangência do direito à livre expressão.

Sob a ótica dessa estrutura de proteção, a Convenção Americana pontua já em seu primeiro artigo²¹ o comprometimento em respeitar os direitos e liberdades prescritos no documento e, ainda, defende que não se deve haver discriminação por qualquer condição social, listando até mesmo a necessidade de não-discriminação em virtude de “opiniões políticas”. Dessa forma, tal garantia parametriza as decisões em torno dos temas da liberdade de expressão e a democracia que são proferidas no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos e que serão analisadas a seguir.

3.1 Caso *Ivcher Bronstein Vs. Peru*

No Caso *Ivcher Bronstein Vs. Peru*²², que foi julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no ano de 2001, o Estado peruano revogou a nacionalidade de um cidadão naturalizado peruano que era acionista, diretor e presidente de um canal de

21 Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 1: “1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano”.

22 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Peru. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C No. 74.

televisão neste país, objetivando retirá-lo do controle editorial deste canal e restringir, assim, sua liberdade de expressão.

Tal sanção se deu em virtude da veiculação de um programa no canal de denúncias acerca de graves violações aos direitos humanos, como atos de tortura cometidos por membros do Serviço de Inteligência do Exército, um suposto assassinato e atos de corrupção ocorridos no Peru. Após a veiculação das denúncias por meio do canal de comunicação, o Poder Executivo peruano expediu um decreto regulamentando a Lei de Nacionalidade, permitindo o cancelamento da nacionalidade a cidadãos naturalizados. A partir disso, o Diretor-Geral da Polícia Nacional apontou que não se havia localizado a documentação do título de nacionalidade da vítima e que existiam dúvidas quanto à renúncia da nacionalidade israelense por parte dela. Com isso, tornou-se sem efeito o título de nacionalidade peruano do senhor Bronstein.

A Corte entendeu, então, que a suspensão dos efeitos do título de nacionalidade constituiu um meio indireto de restringir a liberdade de expressão da vítima, assim como a dos trabalhadores do programa do canal de televisão. Ao retirar o presidente do controle do canal e também excluir os jornalistas do programa, o Estado restringiu o direito destes de circular notícias, ideias e opiniões, e também o direito de todos os peruanos de receberem informação, limitando assim a liberdade de opções políticas e, conseqüentemente, atingindo a plenitude de uma sociedade democrática.

O Tribunal expôs em sua decisão que, quando se trata do conteúdo do direito à liberdade de pensamento e de expressão, não se protege somente a expressão do pensamento, mas também a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de todos os tipos. Sendo assim, o órgão entende que a liberdade de pensamento e de expressão é dotada de duas dimensões que

devem ser igualmente garantidas para dar total efetividade ao direito à liberdade de expressão, como prescrito na Convenção Americana. Dessa forma, concebe-se a dimensão individual e a social desse direito, ou seja, respectivamente, protege-se a manifestação do pensamento próprio e também o direito coletivo de receber qualquer informação e de ter acesso à opinião de outras pessoas²³.

A Corte pontuou também que a liberdade de expressão se insere na ordem pública como fundamento da democracia, garantindo um debate livre e que permita que lados opostos tenham pleno direito de se manifestar. Neste ponto, vale lembrar a previsão disposta no artigo 13.2, alínea b, da Convenção Americana, que prevê que o direito à liberdade de expressão pode ser ulteriormente limitado²⁴ se for necessário para que se assegure a ordem pública²⁵, tomando sempre a precaução para que não se converta em um instituto de censura prévia. Assim, tal restrição deve levar em conta que o conceito de ordem pública reclama que, dentro de uma sociedade democrática, devem ser garantidas as possibilidades de circulação de notícias, ideias e opiniões, e

23 Corte IDH. *Caso Ivcher...* § 147-149.

24 Segundo a Convenção, a limitação do direito à liberdade de expressão somente pode ocorrer se estiverem reunidos os seguintes requisitos: “a) A existência de fundamentos de responsabilidade previamente estabelecidos, b) A definição expressa e taxativa desses fundamentos pela lei, c) A legitimidade dos fins perseguidos ao estabelecê-los, e d) Que esses fundamentos de responsabilidade sejam ‘necessários para assegurar’ os mencionados fins” (Corte IDH, 1985, par. 39, tradução SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA; COMISSÃO DE ANISTIA; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 13).

25 Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 13.2: “O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: [...] b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas”.

também o amplo acesso à informação, o que não foi garantido neste caso.

O Tribunal ainda se respalda em uma fonte secundária do Direito Internacional para fundamentar a decisão no caso, ao registrar que a Corte Europeia²⁶ também reconhece o direito à liberdade de expressão, apontando-o como um dos pilares essenciais a uma sociedade democrática, sendo uma condição fundamental para o progresso e o desenvolvimento do indivíduo. Dessa forma, nota-se uma intensa similaridade entres os sistemas de proteção aos direitos humanos quanto à importância da liberdade de expressão para a consolidação e o funcionamento de uma sociedade democrática.

Em decorrência do exposto, o órgão colegiado, por unanimidade, declarou que o Estado violou o direito à liberdade de expressão (artigos 13.1 e 13.3 da CADH).

3.2 Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai

A sentença do *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai*²⁷ foi proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no ano de 2004. Nesta ação, a vítima havia sido alvo de condenação por difamação e restrição de saída do país em consequência de questionamentos realizados enquanto era candidato à presidência do Paraguai.

26 A Corte Europeia de Direitos Humanos (1976, 1979, 1985, 1986, 1988 e 1994 *apud* Corte IDH, 2001, par. 152) certifica também que essa liberdade não deve ser garantida apenas às ideias que são consideradas inofensivas à sociedade, mas também àquelas que traçam ofensas, ou perturbam o Estado ou qualquer setor da população.

27 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2004. Série C No. 111.

A Corte afirmou não haver dúvida que as declarações dadas pela vítima eram de interesse público, já que se relacionavam a outro candidato que estava diretamente envolvido na construção da maior obra pública do país (Usina Hidrelétrica de Itaipu) e que era investigado inclusive pelo Congresso Nacional por corrupção. Assim, ao emitir as declarações pelas quais se tornou ré e foi condenada, a vítima estava exercendo seu direito à liberdade de pensamento e expressão. Cabe ainda destacar que a situação descrita no caso ocorreu durante o processo de democratização no Paraguai, já que o país vinha de uma ditadura que durou do ano 1954 ao ano 1989.

Após esses esclarecimentos, a Corte concluiu que a condenação da vítima por difamação constituiu uma desnecessária e excessiva punição pelas declarações emitidas no contexto da campanha eleitoral em relação ao outro candidato à Presidência e sobre questões do interesse público. Assim, limitou-se a discussão sobre temas de relevância coletivos e restringiu-se o exercício da liberdade de pensamento e de expressão do senhor Canese, pois, de acordo com as circunstâncias do caso, não havia um imperativo social que justificasse a sanção penal, tendo então se limitado desproporcionalmente a liberdade de pensamento e expressão sem levar em consideração que suas declarações se referiam a questões do interesse público.

Ainda fundamentando sua decisão, a Corte IDH declara que o direito à liberdade de pensamento e de expressão não é um direito absoluto, assim como apresenta o artigo 13, incisos 4²⁸ e 5²⁹ da

28 Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 13.4: “A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2”.

29 Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 13.5: “A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional,

Convenção Americana. Quanto ao inciso 2 do referido artigo, que prevê a responsabilidade ulterior em caso de exercício abusivo desse direito, a Corte analisou se, no caso em tela, a limitação teria cumprido com os requisitos necessários de uma sociedade democrática.

Neste sentido, o Tribunal tem entendido que a legalidade da restrição imposta no artigo 13.2 depende de que esta esteja orientada a satisfazer um interesse público imperativo e ainda que devesse escolher o meio que restrinja em menor escala esse direito protegido. Assim, não basta que se cumpra um propósito útil e oportuno com a medida, mas que se justifique segundo objetivos coletivos. O controle democrático, por parte da sociedade, fomenta a transparência das atividades estatais e promove a responsabilidade dos funcionários sobre a gestão pública. Dessa forma, deve haver uma margem de tolerância a afirmações e apreciações no curso de debates políticos com relação a questões de interesse público, sendo inadmissível, portanto, a restrição ocorrida no caso em análise.

A Corte assevera também que o artigo 11 da Convenção estabelece que toda pessoa tem o direito ao respeito à honra e ao reconhecimento de sua dignidade, o que constitui um limite à expressão. Disso decorre a legitimidade de que quem se sinta afetado em sua honra recorra aos mecanismos judiciais que o Estado dispõe para sua proteção. Entretanto, de modo algum se prevê a proteção jurídica absoluta da honra de funcionários públicos ou de particulares em atividades de interesse público, mas sim que esta proteção deve estar de acordo com os princípios do pluralismo democrático.

O Tribunal, em consonância com outras decisões internacionais³⁰, conclui que, em se tratando de funcionários públicos, de pessoas que exercem funções de natureza pública e de políticos, deve-se aplicar uma proteção diferenciada, não em virtude do sujeito em si, mas sim por consideração ao caráter de interesse público atrelado às atividades desenvolvidas por esse sujeito. Assim, aqueles que atuam em questões de interesse público estão expostos à opinião pública e a um maior risco de sofrer críticas, já que suas atividades saem da esfera privada para inserir-se na esfera do debate público. Por isso, a margem de aceitação e tolerância a críticas ao Estado, aos funcionários públicos, aos políticos e inclusive aos particulares que exercem atividades submetidas à opinião popular deve ser muito maior de que a relativa aos particulares.

Além disso, a Corte Interamericana, tal como no caso citado anteriormente, ressaltou que a liberdade de expressão alcança o direito e a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de todos os tipos. E, ainda em conformidade com o caso acima, reforçou a tese de que a liberdade reconhecida no artigo 13 da Convenção Americana possui tanto uma dimensão individual como uma dimensão social, que devem ser levadas em conta para a garantia efetiva desse direito. No caso, a vítima se encontrava em condição de exercer as duas dimensões em sua plenitude, já que poderia expor as informações que possuía e também fomentar a troca de informações para contribuir na escolha dos eleitores.

Assim, há de se observar uma estreita relação entre a liberdade de expressão e a democracia, reafirmada no caso sob análise. No Parecer Consultivo OC-5/85, esse mesmo Tribunal fez referência a essa relação:

30 A Corte Europeia (1998 *apud* Corte IDH, 2004, par. 89) também vem sustentando de maneira consistente que as limitações permitidas à liberdade de expressão devem ser distintas quando o objeto da expressão é um particular ou uma pessoa pública, como é o caso de um agente político.

[...] A liberdade de expressão é uma pedra angular na própria existência de uma sociedade democrática. É indispensável para a formação da opinião pública. É também *conditio sine qua non* para que os partidos políticos, os sindicatos, as sociedades científicas e culturais e, em geral, quem deseje influir sobre a coletividade, possa se desenvolver plenamente. É, enfim, condição para que a comunidade, na hora de exercer suas opções, esteja suficientemente informada. Deste modo, é possível afirmar que uma sociedade que não está bem informada não é plenamente livre.³¹

Novamente, a Corte faz referência a decisões de outros órgãos internacionais que se manifestam no mesmo sentido do órgão interamericano para fundamentar sua sentença, como o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e a Corte Europeia de Direitos Humanos³². Em especial, menciona também a Carta Democrática Interamericana, aprovada em 11 de setembro de 2001 pelos Chefes de Estado e de Governo dos países americanos, que, dentre seus enunciados, assevera que a liberdade de expressão e de imprensa é um dos componentes fundamentais para o exercício da democracia.

31 Corte IDH, O registro obrigatório de jornalistas (Arts. 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-5/85. 13 de novembro de 1985. Série A No. 5, § 70, tradução SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA; COMISSÃO DE ANISTIA; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 19).

32 A Corte Europeia de Direitos Humanos (1976, 1979, 1985, 1986, 1991, 1992, 1994 e 1998 *apud* Corte IDH, 2004, par. 83) frisa que a garantia da liberdade de expressão compõe as demandas do pluralismo, da tolerância e do espírito de abertura, sem as quais não se pode constituir uma sociedade democrática. Ainda, pontua que qualquer restrição imposta a essa liberdade deve ser proporcional a um fim legítimo almejado.

A Corte ainda discute no caso a importância da liberdade de pensamento e de expressão durante uma campanha eleitoral, pois essa liberdade se transforma em uma ferramenta essencial para a formação da opinião pública dos eleitores, fortalece a disputa política e se mostra como um autêntico instrumento de análise das plataformas políticas apresentadas pelos candidatos, permitindo uma maior transparência e fiscalização das futuras autoridades e de sua gestão.

Mais uma vez, a Corte Europeia é referência, evidenciando uma similaridade entre os sistemas de proteção aos direitos humanos. O órgão europeu afirma que a vontade coletiva apresentada por meio do sufrágio individual se nutre das diferentes opções que apresentam os partidos políticos, por meio dos candidatos que os representam. Dessa forma, no processo democrático, é preciso que todos possam questionar e indagar sobre a capacidade e a idoneidade dos candidatos, assim como discordar e confrontar propostas, ideias e opiniões de maneira que os eleitores possam formar seu critério para votar. Neste sentido, o exercício dos direitos políticos e a liberdade de pensamento e de expressão estão intimamente ligados e se fortalecem entre si. Coincidentemente, reforça a Corte Europeia que “as eleições livres e a liberdade de expressão, particularmente a liberdade de debate político, formam juntas a base de qualquer sistema democrático”³³.

Em virtude de tudo que foi acima exposto, a Corte decidiu que, neste caso, houve uma restrição excessiva para uma sociedade democrática, o que é incompatível com o artigo 13 da Convenção Americana.

33 Corte IDH, *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2004. Série C No. 111. 2004, § 90, tradução nossa.

3.3 Cepeda Vargas Vs. Colômbia

O Caso *Cepeda Vargas Vs. Colômbia*³⁴ é o mais recente entre os julgados selecionados para essa análise jurisprudencial, sendo datado de 2010. Esta demanda diz respeito à responsabilidade internacional da Colômbia em decorrência do assassinato do ex-senador colombiano Manuel Cepeda Vargas e a falta de investigação e punição dos responsáveis por este crime.

Diferentemente do que ocorreu nos casos estudados acima, os representantes da vítima alegaram a violação de forma conjunta dos artigos 13 (Liberdade de pensamento e de expressão), 16 (Liberdade de associação) e 23 (Direitos políticos), todos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Cabe esclarecer que esse pedido de forma conjunta foi fundamentado com base no exercício desses direitos pela vítima de maneira contínua, simultânea e inter-relacionada; e ainda na afronta aos valores de um sistema democrático que a fragilização desses direitos ocasiona. Segundo os peticionários, o senador foi executado para ter sua voz e atividade política solapadas, já que participava do partido União Patriótica e contribuía, assim, para os objetivos políticos do partido.

Com isso, a Corte expôs que, embora cada um dos direitos contidos neste dispositivo tenha âmbito, sentido e alcance próprios, em certas ocasiões, em virtude das circunstâncias particulares do caso ou pela necessária ligação que guardam, é importante analisá-los em conjunto, a fim de avaliar corretamente as possíveis violações e suas consequências. Nesse caso, a Corte optou por julgar tais direitos conjuntamente por entender que são de importância fundamental dentro do Sistema Interamericano, por estarem estritamente relacionados e por possibilitarem, em

34 Corte IDH. *Caso Cepeda Vargas Vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2010. Série C No. 213. 2010.

conjunto, o jogo democrático. A vítima era dirigente de partido político, comunicador social e parlamentar; por isso, exercia esses direitos em um mesmo período, contexto e situação, o que justifica a análise conjunta desses artigos. O órgão julgador, adicionou à discussão a suposta violação ao artigo 11 (Direito à proteção da honra e da dignidade) do mesmo instrumento, também em virtude da estreita relação entre os direitos analisados no caso.

O Tribunal asseverou no caso que considera que a Convenção protege os elementos essenciais à democracia. Para a Corte IDH, é possível que a liberdade de expressão se veja ilegitimamente restringida por condições de fato que coloquem, direta ou indiretamente, em situação de risco ou maior vulnerabilidade aqueles que a exerçam. Por isso, o Estado não deve atuar de maneira que propicie, estimule, favoreça ou aprofunde esta vulnerabilidade e tem a incumbência de adotar, quando necessário, medidas para prevenir violações e proteger os direitos de quem se encontra em tal situação. Da mesma forma, a liberdade de expressão, especialmente em assuntos de interesse público, garante a difusão de informações ou ideias, inclusive aquelas que não são bem vistas pelo Estado ou qualquer setor da sociedade.

Nesse sentido, a Corte ressalta que as vozes de oposição são imprescindíveis em uma sociedade democrática, sem as quais não é possível fazer acordos que atendam a diferentes visões existentes em uma sociedade. Por isso, a participação efetiva de pessoas, grupos, organizações e partidos políticos de oposição devem ser garantidas pelo Estado, por meio de normas e práticas adequadas, que possibilitem um acesso real e efetivo aos diferentes espaços deliberativos de forma igualitária, e também a adoção de medidas que garantam seu pleno exercício, atendendo a situação de vulnerabilidade em que se encontram integrantes de certos setores ou grupos sociais.

Neste caso, a vítima fazia uma oposição crítica a diferentes governos, tanto em seu trabalho como periodista, como em suas atividades políticas e parlamentares. Em sua atuação sempre houve um contexto de ameaças e perseguição permanente por suas posições políticas e de desproteção por parte de agentes estatais.

Por fim, a Corte entendeu que as ameaças e a falta de proteção sofridas pela vítima, em virtude de sua participação nos espaços democráticos aos quais tinha acesso, implicaram a falta de cumprimento, por parte de diferentes autoridades e órgãos internos, de obrigações de proteção reconhecidas nacional e internacionalmente, bem como se manifestaram em restrições indevidas ou ilegítimas aos direitos políticos, à liberdade de expressão e à liberdade de associação, em descumprimento das regras do jogo democrático.

Assim, a morte de um oponente por razões políticas constitui uma violação de diversos direitos humanos, atentando inclusive contra os princípios fundadores do Estado de Direito e tornando diretamente vulnerável o regime democrático. Nesse caso, as violações extrapolaram os leitores do jornal que era escrito pela vítima e os simpatizantes de seu partido político, atingindo a democracia como um todo.

Com isso, o Estado foi responsabilizado pela violação do direito à proteção da honra e dignidade, à liberdade de expressão, à liberdade de associação, aos direitos políticos da vítima, o que é reconhecido nos artigos 11, 13.1, 16 e 23 da Convenção Americana.

4. Intersecções entre teoria e prática: considerações sobre a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos

O posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos julgados observados mostra que o órgão busca garantir uma ampla proteção do direito à liberdade de expressão e da democracia no Sistema Interamericano. Os casos revelam a existência de uma consolidação da visão da Corte neste ponto, caminhando para cada vez mais primar pela efetivação desse direito.

O ideal de liberdade de expressão desenvolvido pela Corte é, em parte, semelhante ao conceito construído no item dois deste artigo. Em conformidade, estabelece-se que este ideal é pautado não apenas na capacidade de expor as próprias ideias do indivíduo, mas também de estar apto a captar as informações disponíveis na vida em sociedade. Nesse sentido, há de se concordar que tal direito possui as dimensões previamente descritas, quais sejam, as individual e social, e as substantiva e instrumental. Quanto à amplitude da expressão, cabe expor também que é consenso entre ambos que o direito à liberdade de expressão não é absoluto. Nesse sentido, a Corte enfatiza a existência das restrições prescritas no corpo do artigo 13 da Convenção Americana.

Há também de se registrar a estreita relação que o Tribunal apresenta entre o direito à liberdade de expressão e a solidez de uma sociedade democrática, tal como evidenciado na tese apresentada. As sentenças expostas deixam claro a importância que deve ser dada para o amplo debate de ideias em uma democracia, permitindo tanto opiniões favoráveis ou contrárias ao governo em exercício.

Entretanto, opostamente ao que se defende no presente estudo, não se vê nos referidos julgados uma clara delimitação

daquilo que está ou não abarcado por esse direito. Assim, é ausente qualquer indicação de princípios ou diretrizes concretos e práticos para estabelecer os limites da liberdade de expressão, como os propostos por Baker e tomados aqui como referência. Ainda, quando se observa o modo como a Corte lida com o embate entre a liberdade de expressão e a necessidade estatal de regulamentação da imprensa, no primeiro caso; o direito à honra, no segundo; e discriminação e seletividade, no último caso estudado, não há qualquer ponderação sólida entre direitos em jogo ou o estabelecimento de parâmetros para que se saiba ou, ao menos, se tenha um indício *a priori* das hipóteses em que um princípio possa se sobressair a outros.

5. Considerações finais

Levando em consideração o que se tratou neste artigo, constata-se que, decorridos 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, o Sistema Interamericano demonstra intensa preocupação com a manutenção da democracia. Para tanto, vale-se do respeito aos princípios estabelecidos nos tratados que o constituem e justificam, dentre os quais se destaca a liberdade de expressão por sua capacidade política. Assim, a livre circulação de ideias pela comunicação do pensamento mostra-se crucial para que o embate entre razões ocorra e a vontade pública possa se aprimorar e servir ao bem social.

Apesar do inestimável avanço no respeito aos direitos humanos promovido pela consolidação dos princípios e regras do Sistema a partir da atuação constante dos seus órgãos e agentes nesse sentido, restam, ainda, caminhos a serem percorridos para que se avance em direção à excelência no trato da proteção dessas garantias. Isso fica patente no caso do direito à livre expressão

que, a despeito do entendimento indubitável de que é uma garantia a ser protegida, pouco se sabe sobre o conteúdo que a expressão engloba.

A falta de clareza no significado e na abrangência prática do direito em questão ocasiona incerteza tanto para os indivíduos, aos quais se visa proteger, mas que pouco sabem sobre seus direitos reais em situações práticas; quanto para os Estados, incumbidos de concretizar essa proteção, mas que têm iguais dúvidas sobre como aplicar de forma correta a lei de forma a garantir propriamente os vários direitos que se encarrega de assegurar. Até que se opte por destrinchar o real significado dos direitos protegidos, assistiremos a uma crescente judicialização de demandas, já que a hipótese de regulação se sustenta em um dano que só pode ser aferido caso-a-caso após a prática do ato discursivo em disputa, e não primariamente por sua natureza.

Dessa forma, urge que se insista em consolidar aspectos teóricos por trás dos preceitos consagrados nos diplomas internacionais que baseiam as decisões dos órgãos do Sistema Interamericano. A liberdade de expressão, nesse sentido, sem definição e limitação adequadas, torna-se tirânica, confunde-se com formas intoleráveis de uso discursivo e tem valor antidemocrático na medida em que serve para solapar e oprimir outros discursos e agentes políticos em prol da supremacia de um ideal defendido. Assim, sem sua efetiva proteção, que só pode ocorrer com o entendimento real do seu significado, cria-se campo fértil à intolerância e à ausência de diálogo, levando à redução das possibilidades de embate pelo pluralismo social e ao atrofamento da democracia, uma vez que o processo de tomada de decisões e a condução das políticas públicas pelo Estado não passam pelo crivo de uma real deliberação pública, subvertendo o poder, pois, em autoritarismo.

Sistema Interamericano de Direitos Humanos e Leis de Identidade de Gênero

*Sophia Pires Bastos**

1. Introdução

Quando se trata da abordagem conferida aos direitos no campo do gênero e da sexualidade, o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH) tem um grande destaque e uma importante atuação. Categorias como identidade de gênero, orientação sexual e expressão de gênero, que não encontraram menção na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem nem na Declaração Universal dos Direitos Humanos dada à incipiência da discussão no plano normativo internacional à época, têm sido amplamente incorporadas e desenvolvidas pelos órgãos do SIPDH.

Ao declarar expressamente que a identidade de gênero e a orientação sexual são categorias protegidas pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) no Caso *Atala Riffo e crianças Vs. Chile*¹, em 2012, a Corte Interamericana de

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenadora discente do Grupo de Estudos em Direito Internacional dos Direitos Humanos (GEDI-DH/UFGM). Pesquisadora do Núcleo de Direitos Humanos e Cidadania LGBT (Nuh/UFGM).

¹ CORTE IDH. *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C No. 239.

Direitos Humanos (Corte IDH) quebrou o silêncio sobre o tema e trouxe um novo paradigma no tratamento da matéria².

O pioneirismo do SIPDH é evidente também com a criação de uma Relatoria voltada tão somente aos direitos de lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e intersexo (*Relatoria sobre los derechos de las personas Lesbianas, Gays, Bissexuales, Trans e Intesex*), em novembro de 2013. Além da publicação de relatórios de grande peso, como o é o sobre Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo nas Américas³, um dos passos mais importantes dado pelo sistema regional é a elaboração da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância.

Com referida Convenção Interamericana⁴, aprovada em junho de 2013⁵, tem-se a primeira menção expressa, em um instrumento internacional vinculante, da proibição da discriminação baseada em orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero. Além de pontuar a possibilidade

2 Referido entendimento foi ratificado no Caso *Duque Vs. Colômbia*, julgado em 2016. CORTE IDH. *Caso Duque Vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de fevereiro de 2016. Série C No. 310.

3 CIDH. *Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo nas Américas*. OAS/Ser.L/V/II.rev.1, Doc. 36. 12 nov. 2015.

4 OEA. *A Assembleia Geral da OEA aprova Convenções contra o Racismo e a Discriminação*. Notícia publicada em junho de 2013. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/sla/ddi/boletim_informativo_tratados_inter-Americanos_jun-17-2013.html>. Acesso em: dez/2017; OEA. *Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância*. Aprovada em 5 de junho de 2013.

5 Nos termos do art. 20, da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, tem-se que o tratado entrará em vigor no trigésimo dia da data em que se efetivar o depósito do segundo instrumento de ratificação ou de adesão na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos.

de discriminações indiretas⁶ ou múltiplas⁷, o tratado determina aos Estados-Parte deveres de prevenir, eliminar, proibir e punir todos os atos e manifestações de discriminação e intolerância, comprometendo-os a adotar políticas e ações afirmativas necessárias para promover condições equitativas para a igualdade de oportunidades, inclusão e progresso individual e coletivo de potenciais grupos discriminados.

Ainda, pode-se identificar tanto enquanto medida de combate à discriminação quanto de promoção dos direitos das pessoas transexuais a promulgação de leis nacionais de identidade de gênero. Como já pontuado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)⁸, a adoção de um marco normativo de reconhecimento das identidades de gênero por parte dos Estados membros da CADH não é apenas premente, mas também se coaduna com a obrigação de adequar o ordenamento jurídico interno para efetivação de direitos contida no art. 2, da CADH. Em uma necessária interpretação sistemática,

6 Segundo o art. 1.2 da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, “Discriminação indireta é aquela que ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico, ou as coloca em desvantagem, a menos que esse dispositivo, prática ou critério tenha algum objetivo ou justificativa razoável e legítima, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos”.

7 O art. 1.3 da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, por sua vez, dispõe que: “Discriminação múltipla ou agravada é qualquer preferência, distinção, exclusão ou restrição baseada, de modo concomitante, em dois ou mais dos critérios dispostos no Artigo 1.1, ou outros reconhecidos em instrumentos internacionais, cujo objetivo ou resultado seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes, em qualquer área da vida pública ou privada”.

8 CIDH. *Violência contra Pessoas LGBTI...*Par. 419.

essa uniformização, que pode ser denominada de “controle de convencionalidade”, deve estar em consonância com os parâmetros convencionais e com a jurisprudência da Corte IDH.

Levando em consideração o recente Parecer Consultivo OC-24/17 emitido pelo Tribunal Interamericano acerca da proteção conferida pela Convenção Americana à identidade de gênero⁹, no presente artigo buscar-se-á verificar quais são tais parâmetros para a elaboração legislativa de normativas internas sobre identidade de gênero. Em um segundo momento, observar-se-á a prática legislativa de alguns países da América Latina, membros da CADH. Por fim, pretende-se analisar se tais leis e projetos de lei latino-americanos estão em consonância com as diretrizes emanadas pelo SIPDH, destacando-se o tratamento do tema pelo Brasil.

2. Parâmetros convencionais para leis de identidade de gênero

No âmbito do SIPDH, a obrigação de respeitar e tornar efetivos os direitos e liberdades contemplados na Convenção Americana (art. 1.1, CADH) é complementada e, simultaneamente, ratificada por aquela específica de adotar medidas legislativas, judiciais, administrativas ou de qualquer natureza necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades (art. 2, CADH). Essa necessidade de que os Estados se equipem internamente, em

9 CORTE IDH. *Parecer Consultivo OC-24/17, de 24 de novembro de 2017*, solicitado pela República de Costa Rica. Identidade de gênero, e igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. Obrigações estatais em relação com a mudança de nome, a identidade de gênero e os direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo (interpretação e alcance dos artigos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 e 24, em relação ao artigo 1 da Convenção Americana de Direitos Humanos). Série A No. 24.

consonância com as normas convencionais e sua interpretação jurisprudencial, se consubstancia no que se adequou chamar “controle de convencionalidade”¹⁰.

Ainda que não haja um modelo específico para o exercício do controle de convencionalidade¹¹, a harmonização das normas e práticas jurídicas internas com as obrigações convencionais requer sua aplicação de forma difusa e *ex officio*¹², considerando tanto o tratado quanto a interpretação conferida pela Corte e se estendendo a todos os poderes estatais¹³. Tal harmonização é compatível, ainda, com a proibição de se invocar disposições do direito interno para justificar ou se eximir da responsabilidade pelo inadimplemento de uma obrigação internacional, contida no art. 27, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969).

Sendo assim, a inexistência de uniformização da prática jurídica interna e, para fins deste artigo, a inexistência de instrumentos legais que possibilitem o exercício de direitos no âmbito interno constitui, por si, violação à Convenção Americana. A título de exemplo, esse é o caso da ausência de tipificação do crime de desaparecimento forçado, tendo a Corte IDH manifestado de forma expressa, no Caso *Gómez Palomino*

10 ALEIXO, Letícia Soares Peixoto; BASTOS, Sophia Pires. “Controle de convencionalidade e gênero: perspectivas brasileiras no combate à disseminação não consensual de imagens íntimas”. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, v. 64, p. 215-238, 2017.

11 CORTE IDH. *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de janeiro de 2014. Série C No. 276. 2014. Par. 124.

12 CORTE IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C No. 221. 2011. Par. 193.

13 CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C No. 154. Par. 124.

Vs. Peru, que as normativas penais relativas a sequestro, tortura e homicídio não são suficientes na investigação e punição do singular delito¹⁴.

Em seu relatório intitulado *Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo nas Américas*, a CIDH se pronunciou expressamente sobre a necessidade de os Estados Partes da Organização dos Estados Americanos adotarem leis de identidade de gênero que reconheçam o direito da autodeterminação do gênero de forma não patologizante¹⁵. Isso porque a implementação de um marco normativo sobre direitos no campo de gênero e sexualidade corresponde a uma das medidas prementes de combate à discriminação, inclusive as em razão da orientação sexual, identidade de gênero e diversidade corporal, em conjunto com aquelas de eliminação de normas e práticas jurídicas de caráter discriminatório¹⁶.

Assim, percebe-se que, por meio das leis de identidade de gênero, deve-se respeitar e reconhecer a identidade de gênero de cada indivíduo, compreendida enquanto faceta de sua vida privada¹⁷. Para a Corte IDH, o conteúdo do direito à proteção da

14 CORTE IDH. *Caso Gómez Palomino Vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C No. 136. Par. 92-96.

15 CIDH. *Violência contra Pessoas LGBTI...*Par. 419.

16 “A Comissão e a Corte Interamericana determinaram reiteradamente que o direito à igual proteção da lei e o princípio de não discriminação significam que os Estados devem: (i) abster-se de introduzir em seu ordenamento jurídico normas discriminatórias ou que tenham efeitos discriminatórios sobre diferentes grupos da população; (ii) eliminar as normas de caráter discriminatório; (iii) combater as práticas discriminatórias; e (iv) estabelecer normas e adotar as medidas necessárias para reconhecer e garantir uma verdadeira igualdade de todas as pessoas perante a lei. Estas obrigações são aplicáveis tanto para Estados que ratificaram a Convenção Americana, como aos Estados que ainda não ratificaram esse tratado”. CIDH. *Violência contra Pessoas LGBTI...*Par. 423.

17 CORTE IDH. *Caso Fernández Ortega e outros Vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C No. 215.

honra e da dignidade (art. 11, CADH¹⁸) compreende a proteção da vida privada¹⁹ e esta, por conseguinte, se refere também à “[...] a forma em que o indivíduo se vê a si mesmo e como e quando decida projetar-se aos demais”²⁰. Ainda, em interpretação ampla do direito à liberdade pessoal, contido no art. 7.1, CADH²¹, tem-se que este se refere ao “direito de toda pessoa de organizar, com amparo na lei, sua vida individual e social conforme suas próprias opções e convicções”²². Em suma, deve ser assegurada aos/às jurisdicionados/as a possibilidade de desenvolver de maneira plena em seu aspecto íntimo (livre desenvolvimento da personalidade) e se realizar na forma pela qual se reconhecem, incluindo a determinação de sua própria identidade²³.

Par. 87 e ss.

18 CADH. Art. 11. Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

19 “O conceito de vida privada é um termo amplo, não suscetível de definições exaustivas, mas que compreende, entre outros âmbitos protegidos, a vida sexual e o direito de estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos”. CORTE IDH. *Caso Fernández Ortega e outros Vs. México*. Par. 129, tradução livre.

20 CORTE IDH. *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*. Par. 162.

21 CADH. Art. 7. Direito à liberdade pessoal. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. [...]

22 CORTE IDH. *Parecer Consultivo OC-24/17...*Par. 89, tradução livre.

23 CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (Fertilização in vitro) Vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2012. Série C No. 257. Par. 143. “[...] Em conformidade com o expressado, para este Tribunal, se depreende, portanto, do reconhecimento do livre desenvolvimento da personalidade e da proteção do direito à vida privada um direito à identidade, que se encontra em estreita relação com a autonomia da pessoa e que a identifica como um ser que se autodetermina e se autogoverna, isto é, que é dono de si mesmo e de seus atos”. CORTE IDH. *Parecer Consultivo OC-24/17...*Par. 89, tradução livre.

A identidade física e social, que faz parte do direito à autonomia pessoal e ao de estabelecer e desenvolver relações no âmbito social²⁴, deve ser reconhecida e garantida, portanto, de forma imediata. Isso também pelo fato de ser o direito à identidade e, em particular, à manifestação da identidade, protegido pelo art. 13, CADH²⁵, que trata do direito à liberdade de expressão²⁶. Segundo a Corte IDH, “a falta de reconhecimento da identidade de gênero ou sexual poderia resultar em uma censura indireta às expressões de gênero que se afastem dos parâmetros cisnormativos ou heteronormativos”²⁷, o que, por conseguinte, viola o direito a expressar livremente a identidade de gênero autodeterminada.

Nesse sentido, e sabendo-se que o reconhecimento à identidade de gênero é fundamental para o gozo efetivo dos demais direitos, como direito à vida, à personalidade jurídica²⁸, à saúde, à educação e ao trabalho²⁹, a patologização das transidentidades

24 CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (Fertilização in vitro) Vs. Costa Rica*. Par. 135.

25 CADH. Art. 13. Liberdade de pensamento e de expressão. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. [...]

26 CORTE IDH. *Parecer Consultivo OC-24/17...*Par. 96.

27 CORTE IDH. *Parecer Consultivo OC-24/17...*Par. 97.

28 “Esta Corte tem assinalado, no que diz respeito ao direito à personalidade jurídica, protegido no artigo 3 da Convenção Americana, que o reconhecimento desse direito determina a existência efetiva de seus titulares perante a sociedade e o Estado, o que lhe permite gozar de direitos, exercê-los e ter capacidade de atuar [...]. A falta de reconhecimento da personalidade jurídica lesiona a dignidade humana, já que nega de forma absoluta sua condição de sujeito de direitos e torna a pessoa vulnerável diante da inobservância de seus direitos pelo Estado ou por particulares. [...]”. CORTE IDH. *Parecer Consultivo OC-24/17...*Par. 103, tradução livre.

29 CORTE IDH. *Parecer Consultivo OC-24/17...*Par. 98.

se pauta não apenas como óbice a referido reconhecimento, mas também, e, sobretudo, a seu próprio exercício e dos direitos correlatos. Entender que certas identidades são válidas ou não, merecedoras de reconhecimento ou não, corresponde, em última análise, dizer quais indivíduos podem existir ou não no meio social. Reitera-se, na perspectiva patologizante, a ideia de que certas vidas não podem ser reconhecidas como “vidas”³⁰.

Assim, as leis de identidade de gênero devem promover a igualdade no reconhecimento, e não a patologização de certas experiências, sob pena de configurar distinção por motivo de identidade de gênero, isto é, discriminação nos termos da definição do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, já admitida enquanto parâmetro interpretativo do art. 24 (Igualdade Perante a Lei), CADH³¹, no *Caso Duque Vs. Colômbia*³².

30 BUTLER, Judith. *Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, 288 p. “[...] Portanto, a falta de reconhecimento da identidade pode implicar que a pessoa não conte com constância legal de sua existência, dificultando o pleno exercício de seus direitos”. CORTE IDH. *Parecer Consultivo OC-24/17...*Par. 98, tradução livre.

31 CADH. Art. 24. Igualdade Perante a Lei. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

32 CORTE IDH. *Caso Duque Vs. Colômbia*. Par. 90. “[Discriminação é] toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que se baseie em determinados motivos, como raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social, e que tenha por objeto ou como resultado anular ou depreciar o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas”. ONU. Comitê de Direitos Humanos. *Observação Geral No. 18. Não discriminação*. 37º Período de Sessões, 1989. P. 2; CORTE IDH. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil. Voto Fundamentado do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot*. Sentença de 20 de outubro de 2016. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Série C No. 318. Par. 5.

Tendo em vista, ainda, que o nome, atributo da personalidade protegido no art. 18 da CADH³³ por meio do qual as pessoas são identificadas e se reconhecem na sociedade, é um meio de expressão de gênero³⁴, e que a dissonância entre identidade de gênero e dados sobre nome e sexo constantes no assento de nascimento pode causar situações discriminatórias e violadoras dos direitos à vida privada e ao livre desenvolvimento pessoal, os Estados têm a obrigação de garantir um procedimento efetivo para a adequação dos dados registrais (nome e gênero/sexo) e correlatos (imagem) consonante à identidade de gênero autopercebida³⁵, sem interferências por parte da autoridade pública ou de terceiros³⁶.

Em 18 de maio de 2016, a Costa Rica solicitou um parecer consultivo à Corte IDH acerca da proteção conferida pela Convenção Americana à identidade de gênero (e à orientação sexual)³⁷. Além de questionar o alcance da proteção dos arts.

33 CADH. Art. 18. Direito ao nome. Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.

34 CORTE IDH. *Parecer Consultivo OC-24/17...*Par. 106.

35 CORTE IDH. *Parecer Consultivo OC-24/17...*Par. 105.

36 CORTE IDH. *Parecer Consultivo OC-24/17...*Par. 115.

37 A solicitação de parecer consultivo se centrou nos seguintes itens: a) a proteção oferecida pelos arts. 11.2, 18 e 24, em relação ao art. 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (indicada como CADH, Convenção Americana ou Convenção ao longo do texto), ao reconhecimento da mudança de nome das pessoas, de acordo com a identidade de gênero de cada uma; b) a compatibilidade da existência de um procedimento somente por via judicial, em detrimento da via administrativa, para a retificação de nome com a Convenção e, por conseguinte, a compatibilidade da aplicação do procedimento judicial estabelecido no art. 54 do Código Civil da República da Costa Rica (Lei nº 63, de 28 de setembro de 1887) às pessoas que desejam optar por uma mudança de nome a partir de sua identidade de gênero, com os arts. 11.2, 18 e 24, em relação ao art. 1, CADH e; c) a proteção oferecida pelos arts. 11.2 e 24, em relação ao art. 1, CADH, ao reconhecimento dos direitos patrimoniais derivados de vínculo entre pessoas do mesmo sexo. O

11.2 (Proteção da Honra e da Dignidade), 18 (Direito ao Nome) e 24 (Igualdade Perante a Lei) ao reconhecimento da mudança do nome de acordo com a identidade de gênero, a Costa Rica requereu o pronunciamento do Tribunal sobre qual procedimento – judicial ou administrativo – para esse fim é compatível com as disposições convencionais. Em resposta, o Tribunal emitiu o Parecer Consultivo 24/17, em 24 de novembro de 2017, tecendo as seguintes considerações.

Em observância ao princípio da segurança jurídica, a Corte IDH entende que os procedimentos de reconhecimento da identidade de gênero “não devem implicar a alteração da titularidade de direitos e obrigações jurídicas [...], nem as provenientes das relações próprias do direito de família em todas as ordens e graus”³⁸. A alteração registral, portanto, não tem o condão de modificar ou extinguir os direitos e as obrigações adquiridas anteriormente à modificação.

Os efeitos da/s retificação/ões, por sua vez, devem ser imediatos; uma vez realizada, todas as demais instituições devem ser acionadas para promover a alteração de outros documentos vinculados à/ao requerente, sem que a ela/ele se imponha o ônus da atualização³⁹.

Pode-se inferir, também, que não apenas a retificação registral deve seguir uma lógica de reconhecimento da identidade de gênero, e não de mera autorização⁴⁰ para seu exercício, mas

pedido na íntegra, em português, está disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/solicitudoc/solicitud_17_05_16_por.pdf>. Acesso em: jan/2018.

38 CORTE IDH. *Parecer Consultivo OC-24/17*...Par. 120.

39 CORTE IDH. *Parecer Consultivo OC-24/17*...Par. 124.

40 Em linhas gerais, os marcos legislativos que tratam da identidade de gênero são regidos por duas lógicas distintas: a da autorização e a do reconhecimento. A lógica da autorização consiste na permissão para a pessoa transexual obter a retificação de gênero em seus documentos e exercer seus direitos. A lógica do

também se compatibilizar com a integralização do princípio do *effet utile*. Segundo tal princípio, que também se aplica às normas processuais⁴¹, as garantias tuteladas pelas disposições convencionais devem ter eficácia no direito interno. Em se tratando de reconhecimento no campo de gênero, requer-se a garantia de um procedimento em que, em todo seu trâmite, maximize o direito à identidade de gênero e respeite os demais direitos correlatos estabelecidos na Convenção, e não apenas um procedimento cujo resultado é a retificação *per se*.

Em outras palavras, a retificação de assento de nascimento deve estar de acordo com os princípios de igualdade e não discriminação, de modo que um tratamento diferenciado entre pessoas cisgênero e transgênero para efetuar correções documentais é incompatível com a Convenção Americana⁴², e com os parâmetros de acesso à justiça estabelecidos nos arts. 8 (Garantias Judiciais) e 25 (Proteção Judicial), da CADH.

Isso porque os procedimentos para determinação de direitos ou obrigações de qualquer pessoa devem ocorrer em um prazo razoável⁴³, segundo o art. 8.1, CADH⁴⁴. Por sua vez, à luz do art.

reconhecimento, por outro lado, não se pauta na concessão ou não dos direitos à pessoa transexual, mas apenas no seu reconhecimento, que se dá mediante o preenchimento de requisitos previstos em lei. BENTO, Berenice. *O que é transexualidade?* São Paulo: Brasiliense, 2008. P. 146.

41 CORTE IDH. *Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru*. Competência. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C No. 55. Par. 36.

42 CORTE IDH. *Parecer Consultivo OC-24/17*...Par. 131.

43 CORTE IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C No. 214. Par. 133.

44 CADH. Art. 8. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou

25.1, CADH⁴⁵, os Estados Partes têm a obrigação de assegurar um recurso simples, rápido e efetivo para solucionar demandas contra violações a direitos. Não basta que tais recursos estejam previstos em lei ou na Constituição ou existam formalmente; porém, requer-se que sejam idôneos e efetivos na remediação de uma violação aos direitos humanos⁴⁶, de modo a existir uma possibilidade real de acesso à justiça.

Interpretando tais normas com vistas ao reconhecimento da identidade de gênero, não é absurdo inferir que o requerimento de alteração de nome e gênero deve ser por elas orientado, de modo a tramitar conforme as normas do devido processo legal. Por conseguinte, pode-se inferir, igualmente, que a via administrativa, mais célere, simples e direta, é a mais adequada para tratar as demandas de retificação.

Isso porque a via judicial tem por base a movimentação de uma estrutura estatal para a resolução de um problema jurídico, sendo mais dispendiosa para o Estado e para os interessados. Requer-se, judicialmente, o acionamento da máquina judiciária, a juntada de provas por parte do requerente e a espera pelo

de qualquer outra natureza. [...]

45 CADH. Art. 25. Proteção judicial. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados Partes comprometem-se: a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

46 CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C. No. 125. Pars. 61 e 65.

juízo, observando-se a ampla defesa e o contraditório. No caso do reconhecimento da identidade de gênero, a necessidade de se “provar” a identificação com um gênero diverso daquele atribuído no nascimento, em regra por meio de laudos psiquiátricos ou psicológicos; o fato de se delegar a um terceiro – juiz – a declaração acerca da veracidade da vivência e da experiência de gênero; e a demora não razoável do trâmite judicial demonstram que tão via não constitui o recurso mais simples, adequado e efetivo nos termos da Convenção Americana. Nas palavras do Tribunal Interamericano:

[...] O trâmite ou procedimento destinado ao reconhecimento da identidade de gênero autopercebida de uma pessoa consistiria em um processo de aditamento, em que cada pessoa tem o direito a realizar de maneira autônoma, e em que o papel do Estado e da sociedade deve consistir meramente em reconhecer e respeitar dito aditamento identitário, sem que a intervenção das autoridades estatais tenha caráter constitutivo. É assim que o referido procedimento não pode, sob nenhuma circunstância, converter-se em um espaço para escrutínio e validação externa da identificação sexual e de gênero da pessoa que solicita seu reconhecimento. Pelo exposto, pode-se sustentar que, ainda que os Estados tenham, em princípio, a possibilidade de determinar, de acordo com a realidade jurídica e social nacional, os procedimentos mais adequados para cumprir com os requisitos para um procedimento de retificação de nome e, se for o caso, da referência ao sexo/gênero e à imagem fotográfica nos documentos de identidade e nos registros correspondentes, também é certo que o procedimento que melhor se adequa aos requisitos estabelecidos neste parecer é o de natureza materialmente administrativa ou notarial, dado que o processo de caráter jurisdicional pode eventualmente incorrer, em alguns Estados, em formalidades excessivas e demoras que se observam nos trâmites dessa natureza.⁴⁷

47 CORTE IDH. *Parecer Consultivo OC-24/17...*Par. 158-159, tradução livre.

A via administrativa se mostra, portanto, própria a promover o reconhecimento da identidade de gênero autopercebida, sendo simplificada, menos patologizante e manifestamente idônea na garantia da retificação da documentação pessoal e, em última análise, na garantia do direito à identidade de gênero.

Cumprido destacar que é entendimento da Corte IDH que o procedimento administrativo, enquanto um dos processos cuja decisão pode afetar direitos, deve também respeitar o devido processo legal⁴⁸. O procedimento, ainda, deve ser confidencial, sendo desnecessária qualquer indicação ou averbação referente à identidade de gênero autopercebida⁴⁹, e tender à gratuidade⁵⁰.

Por fim, diante do entendimento do Tribunal Interamericano sobre os direitos à vida privada e ao livre desenvolvimento pessoal explanado *supra*, o condicionamento do exercício da identidade de gênero ou do seu reconhecimento à apresentação de laudos médicos ou psicológicos e/ou a procedimentos cirúrgicos, como a redesignação sexual; médicos, como a esterilização ou tratamento hormonal; ou de qualquer ordem constitui uma restrição arbitrária ao exercício desse direito⁵¹. A apresentação de certificados médicos e a submissão do/a transexual a intervenções corporais não desejadas reitera uma lógica patologizante das transidentidades, como se pudesse se atestar o que é ser “transexual de verdade” e como a intervenção corporal fosse uma espécie de “cura” para aquele ser que não está “de acordo” com as normas de gênero.

Não se desconsidera, portanto, a possibilidade de que procedimentos cirúrgicos ou médicos integrem a plena

48 CORTE IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*. Par. 62.

49 CORTE IDH. *Parecer Consultivo OC-24/17...*Par. 135.

50 CORTE IDH. *Parecer Consultivo OC-24/17...*Par. 144.

51 CORTE IDH. *Parecer Consultivo OC-24/17...*Par. 130.

realização da identidade de gênero autopercebida⁵², de modo que devem, inclusive, estar disponíveis a quem desejar realizá-los, mediante manifestação livre e informada de vontade⁵³. Contudo, a imposição de sua obrigatoriedade e, sobretudo, o condicionamento do exercício de direitos como a retificação de registro civil à sua realização constitui prática manifestamente arbitrária que, segundo a Corte IDH, viola o direito à proteção à honra e à dignidade e à integridade pessoal⁵⁴.

Tal entendimento é sintetizado no Princípio 3, dos Princípios de Yogyakarta:

Princípio 3. Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. **Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero.** Nenhum status, como casamento ou status parental,

52 “No entanto, é importante destacar que a identidade de gênero não é um conceito que deve ser sistematicamente associado às transformações físicas do corpo. O anterior deve ser entendido mesmo nas situações em que a identidade ou a expressão de gênero de uma pessoa é diferente da que lhe foi atribuída no momento do nascimento ou que normalmente estão associadas ao sexo atribuído ao nascer. Isto é devido ao fato de as pessoas *trans* construírem sua identidade independentemente de um tratamento médico ou de intervenções cirúrgicas” (CORTE IDH, 2017, par. 145, tradução livre).

53 CIDH. *Violência contra Pessoas LGBTI...*; CORTE IDH. *Parecer Consultivo OC-24/17...*Par. 127.

54 CORTE IDH. *Parecer Consultivo OC-24/17...*Par. 146.

pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero⁵⁵. (Grifo meu)

Por fim, em relação à retificação de nome e gênero e à adequação da imagem para crianças e adolescentes, a Corte IDH considera que são eles titulares dos mesmos que os adultos e contam com proteção especial conferida pelo art. 19, CADH⁵⁶ e pelo *corpus iuris* sobre direito de infância⁵⁷. Assim, o procedimento deve ser franqueado a eles e regido pelos princípios de não discriminação; interesse superior da criança; respeito ao direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento; e respeito à opinião da criança interessada, que deve ser ouvida durante e participar de todo o trâmite⁵⁸.

3. Leis de Identidade de Gênero na América Latina

Em relação ao reconhecimento jurídico da identidade de gênero, o Uruguai foi o pioneiro na adoção de uma lei nesse sentido na América Latina⁵⁹. A *Ley n° 18.620*, aprovada em 2009, estabelece em seu art. 1º o direito de toda pessoa “ao livre desenvolvimento de sua personalidade conforme sua própria identidade de gênero”, que inclui “o de ser identificado de forma

55 PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. *Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*. Yogyakarta, Indonésia, 2006.

56 CADH. Art. 19. Direitos da criança. Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

57 CORTE IDH. *Parecer Consultivo OC-24/17...*Par. 149.

58 CORTE IDH. *Parecer Consultivo OC-24/17...*Par. 151.

59 CIDH. *Violência contra Pessoas LGBTI...*Par. 419.

que se reconheça plenamente a identidade de gênero própria e a consonância entre esta identidade e o nome e o sexo assinalados nos documento de identificação da pessoa⁶⁰.

O procedimento previsto para a adequação documental ainda é judicial, tramitando o processo de jurisdição voluntária nos Juizados de Família⁶¹. Apesar de a cirurgia de redesignação sexual não ser obrigatória para a retificação, o/a requerente que a realizar não deverá comprovar a estabilidade e a persistência da dissonância entre registro e identidade de gênero autopercebida por pelo menos dois anos, requisito para os demais requerentes⁶².

Em todos os casos, a demanda deverá estar acompanhada de um informe técnico de uma equipe multidisciplinar, especializada em identidade de gênero e diversidade, tendo o testemunho de pessoas que participam do cotidiano do/a requerente e de profissionais que o/a atenderam do ponto de vista “social, mental e físico” grande valor probatório⁶³.

Acolhida a pretensão de retificação, dever-se-á oficial à Direção Geral do Registro de Estado Civil, a Intendência departamental respectiva, a Direção Nacional de Identificação Civil do Ministério do Interior, o Registro Cívico Nacional da Corte Eleitoral e a Direção Geral de Registros, para que realizem as mudanças nos documentos de identificação pessoal

60 URUGUAI. *Lei nº 18.620, de 25 de outubro de 2009. Registro Nacional de Leyes y Decretos*. Disponível em: <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp3627281.htm>>. Acesso em: jan/2018. Art. 1º. Tradução livre.

61 *Juzgados Letrados de Familia*, conforme redação original da Lei. URUGUAI. *Lei nº 18.620, de 25 de outubro de 2009*. Art. 4º.

62 URUGUAI. *Lei nº 18.620, de 25 de outubro de 2009*. Art. 3º.

63 URUGUAI. *Lei nº 18.620, de 25 de outubro de 2009*. Art. 3º.

e nos documentos em que constem direitos e obrigações de sua titularidade⁶⁴.

Percebe-se, assim, que embora a lei uruguaia ratifique a todo momento o reconhecimento das identidades de gênero, ela se pauta na necessidade de comprovação da transexualidade por parte do/a requerente, tanto pela prova judicial quanto por pareceres técnicos. O peso da cirurgia de redesignação sexual também é evidente ao se retirar o requisito de demonstração da dissonância por pelo menos dois anos para aqueles/as que a ela tenham se submetido. A lógica parece um tanto perversa, na contramão dos parâmetros convencionais vistos no tópico anterior.

A legislação argentina, por sua vez, é considerada a mais avançada da região e, de fato, é a que melhor atende, até o momento à necessidade de não patologização das transidentidades e de um procedimento não burocrático para alteração de registro civil conforme a identidade de gênero autopercebida. A *Ley 26.743*, promulgada em 2012, garante que tal alteração seja não judicial e em órgãos públicos⁶⁵, mediante mero requerimento perante o Registro Nacional Argentino e suas seccionais, sem a necessidade de qualquer intervenção cirúrgica, terapia hormonal ou tratamento psicológico e/ou médico⁶⁶. Para tanto, o/a requerente deverá ter alcançado a maioria civil. Para os menores de idade, a solicitação deverá ser realizada pelos representantes legais, com expressa concordância do menor, de

64 URUGUAI. *Lei nº 18.620, de 25 de outubro de 2009*. Art. 4º.

65 ARGENTINA. *Ley 26.743*, de 23 de maio de 2012. *Establécese el derecho a la identidad de género de las personas*. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>>. Acesso em: jan/2018. Art. 3º.

66 ARGENTINA. *Ley 26.743*, de 23 de maio de 2012. Art. 4º.

acordo com os princípios da capacidade progressiva e do melhor interesse da criança⁶⁷.

Esse procedimento deverá tramitar em observância aos princípios de celeridade, gratuidade, acessibilidade e efetividade. A identidade de gênero deverá ser respeitada a todo momento, utilizando-se o nome social enquanto a retificação ainda estiver em trâmite⁶⁸.

A publicidade do registro alterado somente é possível com a autorização do/a requerente. A ata de nascimento original, por sua vez, é acessível apenas aos autorizados pelo titular ou com ordem judicial escrita e fundamentada⁶⁹.

Por fim, o acesso a intervenções cirúrgicas totais e parciais e/ou tratamentos hormonais integrais deve ocorrer sem autorização judicial ou administrativa, apenas conforme a vontade livre e informada do/a requerente. O direito ao reconhecimento da identidade de gênero e os dele decorrentes devem ser garantidos pelos prestadores do sistema público de saúde, sejam estatais, privados ou do subsistema de obras sociais, além de deverem constar no Plano Médico Obrigatório as prestações de saúde correspondentes⁷⁰.

No Chile, o Projeto de Lei que “Reconhece e dá Proteção ao Direito à Identidade de Gênero” foi apresentado no Senado Federal em 7 de maio de 2013. Depois de cinco anos de tramitação, o projeto se encontra sob análise de uma Comissão Mista, composta por senadores e deputados⁷¹. Enquanto a lei

67 ARGENTINA. *Ley 26.743*, de 23 de maio de 2012. Art. 5º.

68 ARGENTINA. *Ley 26.743*, de 23 de maio de 2012. Art. 12.

69 ARGENTINA. *Ley 26.743*, de 23 de maio de 2012. Art. 9º.

70 ARGENTINA. *Ley 26.743*, de 23 de maio de 2012. Art. 11.

71 IGUALES. *Después de cuatro años el proyecto de ley de identidad de género fue*

não é aprovada, a retificação de nome vem sendo regida pela Lei nº 17.344 e os tribunais, em regra, exigem a submissão dos/as transexuais a cirurgias e hormonizações, bem como exames físicos e psicológicos para deferir a alteração⁷².

O projeto acolheu como princípios orientadores os princípios de não patologização, não discriminação, confidencialidade, dignidade de tratamento, interesse superior da criança e autonomia progressiva. Ainda, optou por uma definição de identidade de gênero que não fosse restrita ao procedimento de retificação.

Um dos pontos que tem causado mais discussão, em todo seu trâmite, é a inclusão ou não da possibilidade de retificação registral por crianças e adolescentes. Na sessão de 18 de junho de 2018, aprovou-se tal quesito, sendo que os tribunais de família seriam os competentes para tanto. Para pessoas maiores de idade e sem vínculo matrimonial, a retificação seria possível no registro civil, por meio de uma audiência especial, em que o/a solicitante deve declarar que conhece os efeitos jurídicos decorrentes da mudança em seus documentos pessoais.

Segundo a redação original do projeto⁷³, a aceitação da demanda pelo juiz deverá ser oficiada ao Diretor do Registro Civil e Identificação, para que realize as retificações correspondentes

despachado del senado. Notícia publicada em 14 de junho de 2017. Disponível em: <<https://www.iguales.cl/despues-cuatro-anos-proyecto-ley-identidad-genero-fue-despachado-del-senado/>>. Acesso em: ago/2018.

72 EL MOSTRADOR. *Las incongruencias del proyecto de Ley de Identidad de Género*. Notícia publicada em 22 de junho de 2017. Disponível em: <<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2017/06/22/las-incongruencias-del-proyecto-de-ley-de-identidad-de-genero/>>. Acesso em: jan/2018.

73 A íntegra da versão original do Projeto de Lei chileno pode ser acessada em: <<https://www.iguales.cl/archivos/ley-de-identidad-de-genero/PROYECTO-DE-LEY.pdf>>. Acesso em: jan/2018.

e emita novo registro de identidade; ao Serviço Eleitoral; ao Serviço de Impostos Internos; à Tesouraria Geral da República; à Polícia de Investigações e aos Carabineiros do Chile. O acesso a intervenções cirúrgicas e a tratamentos hormonais deve ocorrer mediante consentimento do/a transexual, como forma de garantir o livre desenvolvimento pessoal⁷⁴.

Merece destaque o fato de ter sido rechaçada a proposição original de que terceiros poderiam se opor ao procedimento judicial de retificação nos casos de a) existência de dano direto ou indireto, patrimonial ou moral, ao opositor, em consequência da alteração; b) existência de uma demanda penal pendente entre o opositor e o/a requerente (antigo art. 5º). Porém, pelos motivos já expostos, a adoção de um procedimento não administrativo pode ser criticada.

Por fim, o projeto legislativo costarriquenho de nº 19.841⁷⁵, referente à “*Ley de Reconocimiento de los derechos a la identidad de género e igualdad ante la ley*”, foi proposto em 18 de janeiro de 2016. Seu principal objetivo é a harmonização registral com a identidade de gênero autopercebida, cujo procedimento e requisitos são idênticos aos argentinos. Não há, contudo, menção à possibilidade de alteração documental por parte de crianças e adolescentes.

Cumprir pontuar que, na solicitação de parecer consultivo mencionada *supra*, a Costa Rica também requereu o pronunciamento da Corte IDH sobre a compatibilidade com a Convenção Americana da existência de um procedimento

74 CHILE. Projeto de Lei que reconhece e dá proteção ao direito à identidade de gênero. Arts. 7º e 11.

75 A redação original do projeto pode ser acessada em: <<http://www.conasida.go.cr/index.php/mcp-leyes-reglamentos/107-proyecto-de-ley-de-identidad-de-genero/file>>. Acesso em: jan/2018.

somente por via judicial, em detrimento da via administrativa, para a retificação de nome e, por conseguinte, a compatibilidade da aplicação do procedimento judicial estabelecido no art. 54 do Código Civil costarricense⁷⁶ (Lei nº 63, de 28 de setembro de 1887) às pessoas que desejam optar por uma mudança de nome a partir de sua identidade de gênero, com os arts. 11.2, 18 e 24, em relação ao art. 1, CADH.

Atualmente, os arts. 55⁷⁷ e 56⁷⁸ do Código Civil do país regulamentam o procedimento de jurisdição voluntária a ser adotado no processo de mudança de nome e estabelecem um prazo de 15 (quinze) dias para que oposições sejam apresentadas perante o Tribunal competente. Além disso, requer-se a apresentação de um informe de boa conduta e bons antecedentes policiais do/da solicitante, além de se exigir o pronunciamento do Ministério Público.

A Corte IDH, em resposta, pontuou que os parâmetros convencionais para tal procedimento, explanados no tópico anterior, não estão de todo observados na atual forma, pois: a) se refere unicamente à mudança do nome, e não de elementos como inscrição de gênero ou sexo; b) é judicial; c) possibilita a

76 COSTA RICA. Lei nº 63, de 28 de setembro de 1887. Art. 54. Todo costarricense inscrito no Registro do Estado Civil pode mudar seu nome com autorização do Tribunal, o que será feito através de trâmites da jurisdição voluntária promovidos para este efeito. Tradução livre.

77 COSTA RICA. Lei nº 63, de 28 de setembro de 1887. Art. 55. Uma vez apresentada a solicitação de mudança, o Tribunal ordenará a publicação de um edital no Diário Oficial, concedendo 15 dias de prazo para apresentação de oposições. Tradução livre.

78 COSTA RICA. Lei nº 63, de 28 de setembro de 1887. Art. 56. Em toda solicitação de mudança ou alteração de nome, será ouvido o Ministério Público e, antes de resolver o precedente, o Tribunal deve obter um relatório de boa conduta anterior e ausência de antecedentes policiais do requerente. Igualmente informará ao Ministério da Segurança Pública. Tradução livre.

apresentação de oposições por terceiros, o que retira a autonomia do/da solicitante; d) exige a intervenção do Ministério Público, de modo que a decisão do juiz pode não ter caráter meramente declaratório; d) exige a apresentação de antecedentes de “boa conduta”, exigência “incompatível com os procedimentos de adequação dos dados de identidade à identidade de gênero autopercebida” (tradução livre); e) tem publicações no Diário Oficial, isto é, não é confidencial⁷⁹.

Nessa perspectiva, a conclusão da Corte IDH foi no sentido de dever o art. 54 do Código Civil costarricense ser interpretado à luz dos parâmetros vistos no tópico anterior, de forma a respeitar e garantir o direito à identidade de gênero consubstanciado nos arts. 3, 7, 11.2, 13 e 18 da CADH⁸⁰.

4. Brasil: Projeto de Lei 5002/2013

Com vistas a implementar um marco normativo de reconhecimento das identidades e das expressões de gênero no Brasil, foi proposto o Projeto de Lei 5002/13, de autoria do deputado federal Jean Wyllys e da deputada federal Érika Kokay, em 20 de fevereiro de 2013. Conhecido como Projeto de Lei de Identidade de Gênero ou Projeto de Lei João W. Nery, o PL 5002/2013 garante o direito de toda pessoa ao reconhecimento de sua identidade de gênero, ao livre desenvolvimento conforme sua identidade de gênero e ao tratamento de acordo com tal identidade, incluindo-se a identificação documental de sua identidade pessoal⁸¹.

79 CORTE IDH. *Parecer Consultivo OC-24/17...*Par. 168-170.

80 CORTE IDH. *Parecer Consultivo OC-24/17...*Par. 87.

81 CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5002/2013*. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015 de 31 de

Nesse sentido, o projeto, inspirado na legislação argentina, parte de uma concepção não patologizante das identidades transgênero. A que nos interessa, os mecanismos jurídicos para retificação de dados registrais, incluindo o sexo, o prenome e a imagem da documentação pessoal devem ser regidos pelos princípios de fácil acesso, celeridade, pessoalidade, gratuidade, sigilo e desnecessidade de qualquer requisito que seja invasivo da privacidade ou que tenha como único efeito a demora do processo⁸². O/a requerente, maior de 18 anos, deverá realizar o procedimento em cartório, não sendo exigíveis, em nenhum caso, intervenção cirúrgica de transexualização total ou parcial; terapias hormonais; qualquer outro tipo de tratamento ou diagnóstico psicológico ou médico; ou autorização judicial⁸³.

Se o/a requerente for menor de 18 anos, a solicitação do trâmite deverá ser efetuada por meio de seus representantes legais e mediante expressa autorização da criança ou adolescente⁸⁴. Fica vedada, ainda, qualquer referência à lei ou à identidade anterior, salvo com autorização por escrito do/a requerente, nos novos documentos⁸⁵.

Em relação ao processo transexualizador, que “compreende um conjunto de estratégias de atenção à saúde implicadas no processo de transformação dos caracteres sexuais”⁸⁶, incluídas

dezembro de 1973. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>>. Acesso em: ago/2018. Art. 1º.

82 CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5002/2013*. Art. 6º, §§2º e 3º.

83 CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5002/2013*. Art. 4º. Ainda que a retificação registral não tenha ocorrido, a identidade de gênero adotada pelas pessoas que usem um prenome distinto daquele que figura na sua carteira de identidade deverá ser respeitada. Vide art. 10.

84 CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5002/2013*. Art. 5º.

85 CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5002/2013*. Art. 6º, §1º e §4º.

86 “Não se trata, portanto, do estabelecimento de diretrizes para a atenção integral

mastectomia (cirurgia para a retirada da mama), plástica mamária reconstrutiva, cirurgia de tireoplastia (para alteração da voz), terapia hormonal e cirurgia de redesignação sexual, tem-se que deve ser ofertado de modo gratuito pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e por operadoras de planos de saúde⁸⁷. Ainda, tais intervenções cirúrgicas e/ou tratamentos hormonais devem ocorrer apenas mediante consentimento informado da pessoa adulta e capaz⁸⁸, sem qualquer diagnóstico ou autorização judicial/administrativa.

Porém, apesar de proposto em 2013, referido PL tramita timidamente na Câmara dos Deputados⁸⁹. A última movimentação⁹⁰ com sugestões referentes ao conteúdo do projeto data de maio de 2016 e se refere ao parecer emitido pelo relator deputado Luiz Couto, da Comissão de Direitos Humanos e Minorias, com elogios à iniciativa e a favor da aprovação, mas com emendas no que tange à possibilidade de retificação registral/documental por crianças e adolescentes, de modo a não dirimir a autonomia dos seus representantes legais⁹¹.

no sentido estrito, mas daquelas ações necessárias à garantia do direito à saúde circunscritas à passagem para a vivência social no gênero em desacordo com o sexo de nascimento”. LIONÇO, Tatiana. Atenção integral à saúde de travestis e transexuais. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 19 [1]: 43-63, 2009. P. 2.

87 CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5002/2013*. Arts. 8º e 9º.

88 CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5002/2013*. Art. 8º, §1º.

89 A tramitação completa pode ser encontrada no link: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>>. Acesso em: fev/2018.

90 A última movimentação geral se trata da designação de nova relatoria para o PL na Comissão de Direitos Humanos e Minorias.

91 A proposta de emenda, assim, opina pela supressão do seguinte artigo e de suas referências: PL 5002/2013. Artigo 5º. Com relação às pessoas que ainda não tenham dezoito (18) anos de idade, a solicitação do trâmite a que se refere o artigo 4º deverá ser efetuada através de seus representantes legais e com a expressa conformidade de vontade da criança ou adolescente, levando em

Percebe-se, assim, que a questão ainda enfrenta estigmas e preconceitos, carecendo de debate tanto em relação à urgência da adoção de uma Lei de Identidade de Gênero no Brasil quanto em relação a seus desdobramentos, a exemplo da própria controvérsia sobre a extensão do direito de reconhecimento da identidade autopercebida por crianças e adolescentes.

5. Considerações finais

O desenvolvimento da atuação e da jurisprudência dos órgãos do SIPDH possibilitou avanços inimagináveis à época da escrita da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e da Declaração Universal dos Direitos Humanos em relação aos direitos no campo do gênero e da sexualidade. Hoje, 70 anos depois, consolidou-se o entendimento de que a identidade de gênero é elemento⁹² constitutivo da identidade pessoal e se consubstancia nos direitos à personalidade jurídica (art. 3, CADH), à vida (art. 4, CADH), à integridade pessoal (art. 5, CADH), à liberdade pessoal (art. 7, CADH), à proteção da honra e da dignidade (art. 11, CADH), à liberdade de expressão (art. 13, CADH) e ao nome (art. 18, CADH), sem prejuízo de outros. Ademais, tem-se que seu reconhecimento é central na garantia do livre desenvolvimento pessoal e da dignidade, ao possibilitar

consideração os princípios de capacidade progressiva e interesse superior da criança, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente. §1º Quando, por qualquer razão, seja negado ou não seja possível obter o consentimento de algum/a dos/as representante/s do Adolescente, ele poderá recorrer ele poderá recorrer a assistência da Defensoria Pública para autorização judicial, mediante procedimento sumaríssimo que deve levar em consideração os princípios de capacidade progressiva e interesse superior da criança. §2º Em todos os casos, a pessoa que ainda não tenha 18 anos deverá contar com a assistência da Defensoria Pública, de acordo com o estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

a livre escolha do sentido da existência de acordo com seus “valores, crenças, convicções e interesses”⁹³.

Nesse cenário, urge a adoção de leis de identidade de gênero⁹⁴, que protejam o direito à identidade autopercebida e possibilitem seu exercício com, por exemplo, trâmite de retificação de documentos pessoais. Tal procedimento, por sua vez, deve ter cunho declaratório, com base tão somente no consentimento livre e informado do/a requerente, sem interferência de terceiros e de autoridades estatais; ser de natureza materialmente administrativa; ser célere, sigiloso e tender à gratuidade; prescindir de apresentação de laudos psicológicos ou psiquiátricos e intervenções cirúrgicas, hormonais ou de qualquer natureza; estar franqueado a crianças e adolescentes, observados os princípios e as normas específicos aplicáveis⁹⁵.

Na América Latina, é possível verificar o impulso legislativo de certos países com vistas a adotar um marco jurídico de reconhecimento do direito à identidade de gênero, apesar de, como observado, nem sempre estarem os procedimentos de retificação de dados pessoais conforme a identidade autopercebida em completa consonância com os parâmetros delineados pela Corte IDH no recente Parecer Consultivo 24/17, de 24 de novembro de 2017, sobre o tema. Ainda mais preocupante se apresenta o debate, praticamente inexistente, sobre a adoção de uma lei de identidade de gênero no Brasil, cujo projeto de lei respectivo, datado de fevereiro de 2013, encontra-se estagnado.

93 CORTE IDH. *Parecer Consultivo OC-24/17*...Par. 88 e 150.

94 PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Princípio 3. Direito de ser reconhecida perante a lei. [...] Os Estados deverão: [...] b) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para respeitar plenamente e reconhecer legalmente a identidade de gênero autodefinida por cada pessoa.

95 CORTE IDH. *Parecer Consultivo OC-24/17*...Par. 169.

É importante lembrar que, ainda que inexista ou enquanto inexistir lei sobre a matéria, os demais poderes e órgãos estatais continuam vinculados à obrigação de adequar suas atividades e decisões às diretrizes emanadas pelo SIPDH de proteção e promoção dos direitos humanos, em controle de convencionalidade⁹⁶. Todavia, no Brasil, ainda parece haver um descompasso entre as estruturas legislativa, administrativa e judiciária na garantia de direitos de travestis e transexuais.

Isso porque, apesar do recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4275⁹⁷, no Brasil, em que se decidiu, por unanimidade, pelo reconhecimento do direito à retificação de nome e gênero para pessoas transexuais independentemente da realização de cirurgia de redesignação sexual ou submissão a tratamentos hormonais ou patologizantes e, por maioria, pela tramitação da retificação em via administrativa, a aplicação dessa decisão ainda tem sido conturbada e permeada por incertezas⁹⁸. Assim, embora o julgado represente um grande avanço no respeito ao direito à identidade de gênero, muitos cartórios (seara administrativa) têm se negado a realizar a retificação, por

96 ALEIXO, Letícia Soares Peixoto; BASTOS, Sophia Pires. Controle de convencionalidade e gênero...

97 Em 1º de março deste ano, 2018, foi julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal a ADI 4275, proposta pela Procuradoria Geral da República, para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 58 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) e reconhecer às pessoas transexuais que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de redesignação sexual ou da realização de tratamentos hormonais/patologizantes, o direito à retificação de prenome e sexo no registro civil. À época do envio deste artigo, o acórdão ainda não tinha sido publicado, mas tão somente a decisão de julgamento, em 09/03/2018.

98 VIDAL, Júlia Silva; BASTOS, Sophia Pires. *STF e o direito à identidade de gênero: fragilidades, disputas e projeções em um campo incerto*. Artigo publicado em 06 ago. 2018. Disponível em: <<http://sxpolitics.org/ptbr/stf-e-o-direito-a-identidade-de-genero-fragilidades-disputas-e-projecoes-em-um-campo-incerto/8721>>. Acesso em: ago/2018.

inúmeros motivos, mesmo com a publicação do Provimento nº 73, de 28 de junho de 2018, pelo Conselho Nacional de Justiça⁹⁹. Portanto, ainda há um longo caminho a se percorrer.

99 BRASIL. *Provimento nº 73, de 28 de junho de 2018*, do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/cnj-regulamenta-alteracoes-nome-sexo.pdf>>. Acesso em: ago/2018.

El juez del Estado constitucional de derecho y el sistema interamericano de derechos humanos

*Bernardo José Toro Vera**

En homenaje a los doctores Héctor Fix-Zamudio, Sergio García Ramírez y Jorge Carpizo MacGregor (in memoriam), mexicanos ilustres y pioneros en el derecho procesal constitucional, el control de convencionalidad y el *ius constitutionale commune latinoamericanum*, respectivamente.

I. Desarrollo primigenio del derecho internacional de los derechos humanos

No cabe duda que uno de los elementos más paradigmáticos en las últimas siete décadas ha sido el de la protección jurídica de los derechos humanos, la cual ha ido consolidando el derecho internacional de los derechos humanos. Dada la catástrofe que supuso la Segunda Guerra Mundial y las lamentables sucesiones que se dieron en la misma de masivas violaciones de derechos humanos, estas parecieron dar claridad meridiana a la comunidad internacional sobre la necesidad de establecer un mayor énfasis en la protección de los derechos humanos desde la plataforma del emergente sistema internacional –que supuso el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante la ONU)– sobre

* Chileno (Valparaíso, 1975). Abogado. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Diplomado en Formación al Sistema Interamericano.

todo cuando el párrafo segundo de la Carta de San Francisco¹ estableció su resolución de “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”, dando paso al desarrollo de lo que ahora conocemos como derecho internacional de los derechos humanos (en adelante el DIDH)². Esto se reforzaría con todo el proceso que gatilla tanto la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre como la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante la DUDH)³, ambas ya septuagenarias; con la posterior elaboración de los documentos internacionales en la materia, tanto de *soft law* como de *hard law*; y con el *ius cogens* en materia de derechos humanos desarrollado desde la sanción a los criminales de guerra alemanes y japoneses, y la definición de los delitos de lesa humanidad⁴.

-
- 1 Aprobada por unanimidad el 25 de junio de 1945 y en vigor desde el 24 de octubre del mismo año, cuando es ratificada de conformidad a lo dispuesto en su artículo 110. Véase Diario La Nación. *50 años de las Naciones Unidas, suplemento especial*. Santiago de Chile, 1995, p. 7.
 - 2 Para un desarrollo del papel específico de la ONU en materia de derechos humanos a través de sus diversos organismos, véase Kennedy, Paul. *El Parlamento de la Humanidad. La historia de las Naciones Unidas*, Debate-Random House Mondadori, México, 2008, p. 235.
 - 3 Quizá dos de los mejores insumos editoriales para ver el proceso de elaboración, se pueden encontrar en UNESCO-Fondo de Cultura Económica. *Los Derechos del Hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva Declaración Universal*, México, 1949, realizados a partir del curso de la encuesta llevada a cabo por la UNESCO a diversas personalidades e intelectuales de la época acerca de los fundamentos filosóficos de los derechos del hombre; y en Glendon, Mary Ann. *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Fondo de Cultura Económica, México, 2011, texto en el que –a partir de la figura de Eleonor Roosevelt– se examina todo el proceso de elaboración de la DUDH.
 - 4 Un buen análisis del tema en Arrau Corominas, Fernando. *Los crímenes de lesa humanidad: el jus cogens y las obligaciones erga omnes, la jurisdicción universal y la imprescriptibilidad*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Valparaíso,

Para fines del siglo pasado –con la conclusión de la Guerra Fría, la aprobación del Estatuto de Roma y la consecuente instalación de la Corte Penal Internacional (en adelante la CPI)– parecía que el DIDH iba a ser la pauta esencial en las relaciones internacionales, más allá de los conflictos nacionalistas surgidos con el fin del imperio soviético –como en el caso de los Balcanes– que sugerían tibiamente amenazas al precario equilibrio geopolítico suscitado con la *pax estadounidense*. Este entusiasmo parecía tener un signo de vitalidad y reactualización, en paralelo, con el punto de inflexión en materia penal internacional que implicó el llamado caso Pinochet cuando órganos jurisdiccionales europeos –españoles y británicos– detuvieron al ex dictador chileno⁵; por primera vez, en el DIDH parecía haber un correlato plenamente aceptado por el derecho interno, al admitir la jurisdicción universal de los derechos humanos.

II. Proceso de constitucionalización de los derechos humanos

El proceso de internalización de los derechos humanos en el derecho interno –vía su constitucionalización expresa– o del reconocimiento constitucional de los instrumentos internacionales en la materia, tuvo un claro establecimiento de simbiosis entre el derecho constitucional y el derecho internacional público; se trata de aquellas viejas líneas paralelas que nunca convergían, parafraseando al primer Kelsen, y que ahora se entrecruzaban

2005. También véase Besné Mañero, Rosario. *El crimen internacional, nuevos aspectos de la responsabilidad internacional de los Estados*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.

5 Para una relación del proceso, aun desde los rípos propios de una investigación con énfasis periodístico, véase Diario La Nación. *Historia de un proceso. Documento Especial*, Santiago de Chile, agosto de 2000.

en un período verdaderamente interesante en el derecho público y –por antonomasia– para el derecho constitucional. Con claridad se ha mencionado que estamos ante lo que vendría a ser una tercera fase de constitucionalización de los derechos humanos, de internacionalización de los mismos, a partir de la incorporación al derecho constitucional interno de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos⁶.

La primera fase se caracterizó por el proceso de inserción de los derechos humanos en los textos constitucionales –a partir del proceso de codificación de fines del siglo XVIII– y el desarrollo de las llamadas “generaciones” de derechos humanos; mientras, la segunda etapa se da con la internacionalización de la constitucionalización de los derechos humanos a partir de las referidas declaraciones americana y universal de derechos humanos. La actual fase pareciera singularizarse en trascender aquel clásico y cerrado concepto de “soberanía nacional”, a partir solo de entenderlo como elemento de aislamiento del Estado frente a la comunidad internacional⁷, dando paso a la interrelación mayor

6 Brewer Carías, Allan R. “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Estudio de Derecho constitucional comparado latinoamericano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, julio-diciembre de 2008, México, p. 42.

7 Bien nos aclara Bogdandy que podemos establecer tres acepciones de soberanía, en los siguientes términos: “La soberanía, entendida como soberanía *estatal*, es el fundamento del poder del Estado para crear normas jurídicas y hacerlas respetar por todos. La soberanía, entendida como soberanía *popular*, justifica ese poder ya que se basa en el principio democrático. La soberanía, entendida como soberanía *internacional* protege lo antes descrito como un ‘escudo’ y fundamenta la validez del derecho internacional público de la misma manera en la cual fundamenta la validez del derecho del Estado: a partir de la voluntad del Estado” (énfasis en el original). Bogdandy, Armin von. “Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea”, en González Pérez, Luis y Valadés, Diego (coords.). *El Constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2013, pp. 45 y 46.

entre derecho internacional y derecho interno cuya manifestación más clara se da con en el principio de complementariedad, al darse competencia concurrente –*concurrent jurisdictions*– en la jurisdicción universal de derechos humanos; ejemplo de ello son los artículos 8 del Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda, 9 del Estatuto del Tribunal Internacional para la exYugoslavia, y 13 y 17 del Estatuto de Roma de la CPI.

Sin embargo, el actual panorama caracterizado por el cambio jurídico mundial que implicó la reacción estadounidense ante el llamado “11-S” de 2001, los efectos de la globalización en su faceta económica neoliberal⁸, los cuestionamientos y posterior reforma de la Comisión –actual Consejo– de Derechos Humanos de la ONU⁹ y los conflictos desatado en Medio Oriente –con especial resonancia del caso Siria– y en Asia Pacífico con principal foco en Corea del Norte, además de los lamentables signos mostrados por la administración estadounidense del presidente Donald Trump, parecieron marcar un retroceso en todo el avance ya señalado anteriormente. Antes se entendía que una nueva visión se entronizaba en las políticas públicas, considerando al DIDH como eje central en la toma de decisiones no solo a nivel internacional sino también interno, consolidando de una vez el derecho internacional contemporáneo que superaba el “westfaliano” tótem de que únicamente los Estados podrían ser considerados como sujetos de derecho, a partir de la ficción llamada “igualdad soberana”.

8 Sus articulaciones discursivas hegemónicas parecieron romperse desde la crisis económica de 2008, a partir del estallido de la “burbuja Madoff”.

9 Para una comprensión mayor de dicho proceso así como de las reformas pendientes, véase Short, Katherine. “De la Comisión al Consejo: ¿Las Naciones Unidas han logrado crear un órgano de derechos humanos confiable?”, *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 6, núm. 9, Sao Paulo, 2008, pp. 168 a 197.

III. El rol del juez constitucional en el paso del Estado legalista al Estado constitucional de derecho

Un punto que cabe destacar, de suyo, es el papel asumido por el juez constitucional, cuando aplica el control de constitucionalidad en sede interna. Esto ha implicado toda una transición que ha pasado, con clara relación a la evolución del Estado, de su etapa liberal al actual Estado constitucional de derecho. En esta mutación, el papel del jurista ha tenido igualmente diversos grados evolutivos, en el marco del contemporáneo Estado de derecho.

Una primera es la dada por el Estado legalista de derecho, que Luigi Ferrajoli ha referido de la siguiente forma:

El Estado de derecho moderno nace, con la forma del Estado legislativo de Derecho, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido “puesta” por una autoridad dotada de competencia normativa¹⁰.

La faceta interpretativa del juzgador y del jurista en general, entonces, se enmarca dentro de lo que Josep Aguiló Regla ha caracterizado como los “lugares comunes” en este tipo de Estado (legalista) de derecho: el miedo a la pérdida de la neutralidad valorativa (o sea, dejar la actitud meramente cognitiva, limitándose a conocer y no razonar la norma jurídica aplicable al

10 Ferrajoli, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Carbonell, Miguel (edit.). *Neoconstitucionalismo(s)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Trotta-UNAM, Madrid, 2003, p. 16.

caso respectivo), el miedo al subjetivismo (no hay un juicio ético, dado que se podría perder la respectiva objetividad), el miedo a la imposición de la moral como consecuencia de abrazar al relativismo (el juez como sujeto desprovisto de una interpretación basada en principios subyacentes a la norma jurídica) y el miedo a los “claroscuros” (la subsunción como regla de interpretación jurídica, de carácter binaria, fuera de toda valoración ética)¹¹.

De esta primera fase, de inicio y consolidación del Estado de derecho, pasamos a una actual etapa cuya característica esencial es la de una revaloración de los principios subyacentes a las normas constitucionales, desde una base epistemológica esencial del derecho constitucional actual¹²: el neoconstitucionalismo. Básicamente, destacaremos a este como una corriente de interpretación y aplicación del propio derecho constitucional –y, por su extensión, del derecho mismo– que nace a fines de la década de 1990¹³ y que tiene su origen normativo jurídico

11 Aguiló Regla, Josep. “Ética judicial y Estado de Derecho”, en García Pascual, María Cristina (coord.). *El Buen Jurista. Deontología del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 71 a 76.

12 En este sentido, el derecho constitucional en su acepción más amplia –tal como lo indicase en su momento el jurista mexicano Jorge Carpizo– “se identifica con el propio orden jurídico: es decir, la totalidad de ese Derecho, ya que la base y los principios generales y fundamentales de las otras disciplinas jurídicas se encuentran en él. El Derecho constitucional indica los procedimientos de creación, modificación y abrogación de todas las normas de ese orden jurídico”. Carpizo, Jorge. “Derecho constitucional”, en Carbonell, Miguel (coord.). *Diccionario de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa-UNAM, México, 2002, p. 145.

13 Indica Susanna Pozzolo, una de las creadoras del mismo, que el término neoconstitucionalismo “fue utilizado por primera vez en una comunicación durante el XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social celebrado en Buenos Aires el año de 1997”. Pozzolo, Susanna. “Apuntes sobre neoconstitucionalismo”, en Fabra Zamora, Jorge Luis y Núñez Vaquero, Álvaro (coords.). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2015, p. 363.

en el Estado de bienestar europeo, surgido de la etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial –especialmente en los textos constitucionales de Alemania, Italia, Francia, Portugal y España)¹⁴; y, como ha entendido Luis Prieto Sanchís, “alude tanto a un modelo de organización jurídico política o de Estado de Derecho, como al tipo de teoría del Derecho requerida para explicar dicho modelo, e incluso cabría hablar de una tercera acepción, el neoconstitucionalismo como ideología, para referirse a la filosofía política que justifica la fórmula del Estado constitucional de Derecho”¹⁵.

De tal forma, de la actual formulación del constitucionalismo surge el llamado Estado constitucional de derecho bajo el axioma de constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez. Volviendo a Ferrajoli, podemos caracterizar a este Estado constitucional de derecho a través de cuatro manifestaciones: un nuevo parámetro de validez de las normas jurídicas, tanto desde su producción formal como de la coherencia de su contenido con los principios constitucionales; una visión epistemológica de la ciencia jurídica, tanto en su rol explicativo como en el crítico y en el proyectivo de sus propios objetivos; la aplicación, vía jurisdiccional, de

14 Como indica Miguel Carbonell, “[s]e trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, si no [sic] que contienen altos niveles de normas ‘materiales’ o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas Constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco de relaciones entre el Estado y los ciudadanos muy renovado, sobre todo por la profundidad y grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos”. Carbonell, Miguel. “Neoconstitucionalismo”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y otros (coords.). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 2a. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2014, p. 950.

15 Prieto Sanchís, Luis. “Neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (coord.). *Diccionario de Derecho Constitucional...*, p. 420.

las diversas normas jurídicas desde el reconocimiento de su validez y, en consecuencia, de su constitucionalidad a partir de la identificación de las antinomias y lagunas, y su superación mediante la aplicación de las garantías constitucionales existentes; y, finalmente, una

subordinación de la ley a los principios constitucionales [que] equivale a introducir una dimensión sustancial, no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa. Un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos. Y la completa porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras tantas garantías de los derechos de todos, frente a los abusos de tales poderes que –como la experiencia enseña– podrían de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático.

Al mismo tiempo, el constitucionalismo rígido produce el efecto de completar tanto el estado de derecho como el mismo positivismo jurídico, que alcanzan con él su forma última y más desarrollada: por la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivación no sólo ya del ser del derecho, es decir de sus condiciones de “existencia”, sino también de su deber ser, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de “validez”¹⁶.

En esta variante constitucional, también retomando a Aguiló Regla, el jurista/juzgador aplica la norma jurídica al caso concreto desde las siguientes premisas: el prejuicio de la neutralidad valorativa, en que el caso se resuelva aplicando tanto las normas

16 Ferrajoli, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”..., 2003, p. 19.

jurídicas correspondientes como los principios subyacentes a los derechos que emergen de las mismas, haciendo el juicio de ponderación del que nos habla Robert Alexy; el prejuicio del subjetivismo, en donde la imparcialidad del juzgador no se pierde con las propias valoraciones éticas que hace este de la decisión a tomar, basada en los principios subyacentes a las normas jurídicas; el prejuicio del relativismo, en donde el juez asume una responsabilidad moral desde su propia toma de decisiones en el caso concreto; y el prejuicio de los claroscuros, en donde el juez no se pierde ni justifica en el ritualismo del juez del Estado legalista para efectuar sus propias observaciones valorativas en la conducción del resultado final¹⁷.

Desde el carácter meramente formalista y avalorativo que inculcara Hans Kelsen a inicios del siglo XX, el propio impulso de las circunstancias sociohistóricas y jurídicas ha dado pie a una formulación más crítica de la aplicación normativa. Este tipo de interpretación se ve mayormente forzado, toda vez que nos encontramos en un momento en donde los propios ciudadanos exigen a las autoridades públicas y privadas –con especial preeminencia a las jurisdiccionales– el cumplimiento y la justiciabilidad de sus derechos, en el más amplio marco de estos.

Pertinente a este respecto es transcribir lo que Miguel Suárez Romero y Napoleón Conde Gaxiola han manifestado de este tránsito en la actividad argumentativa jurídica:

A diferencia de lo que afirmaban las corrientes logicistas de la aplicación e interpretación del Derecho, en donde el proceso racional de justificación de la decisión jurídica era monológico, tal como expresó en su momento la Escuela de la Exégesis y la Jurisprudencia de Conceptos; las actuales teorías de la Argumentación Jurídica vienen a defender la idea de

17 Aguiló Regla, Josep. “Ética judicial y Estado de Derecho”..., pp. 80 y 81.

que es posible hablar en términos de “racionalidad práctica” de la decisión jurídica, la cual se va a construir a través de un procedimiento que en forma dialógica (discursiva) logre un determinado consenso.

En otras palabras, las corrientes que explican la Argumentación Jurídica en nuestros días, afirman que toda decisión jurídica de la índole que esta sea debe venir respaldada por un aparato discursivo, en el que estén presentes el diálogo intersubjetivo y el consenso alcanzado bajo ciertas reglas de procedimiento. Es decir, los sujetos van a ser interlocutores del diálogo y partícipes del discurso que debe verificarse previo a toda decisión jurídica¹⁸.

María José Añón ha escrito, con especial relación al rol del jurista y del juzgador en el Estado constitucional de derecho, que

la constitución como texto está integrado básicamente por valores, principios, derechos fundamentales y directrices para los poderes públicos. Lo interesante o más característicos de este modelo es, como escribe Luis Prieto Sanchís, que la vocación de tales principios no es desplegar su eficacia a través de la ley, sino hacerlo de forma directa e independiente, tanto por parte del legislador, cuanto por parte de los operadores jurídicos que tienen que fundamentar sus decisiones de acuerdo a tales principios. Las constituciones principialistas –como las denomina Gustavo Zagrebelsky– asumirían así la función de modelar el conjunto de la vida social. Los principios y valores constitucionales, por otra parte, no constituyen un todo coherente ni consistente, sino que sus enunciados y contenidos pueden superponerse y dar lugar a soluciones dispares. Esto es

18 Suárez Romero, Miguel Ángel y Conde Gaxiola, Napoleón. *Argumentación Jurídica. Cuaderno de trabajo*, Seminario de Filosofía de la Facultad de Derecho, UNAM, México, 2009, p. 10.

característico de este tipo de enunciados normativos, del modo de actuar de los principios¹⁹.

IV. La reforma constitucional mexicana en derechos humanos de 2011

En este contexto, la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011²⁰ implicó para México insertarse en un paradigma –necesario en estos momentos– del derecho internacional público, así como un punto de inflexión en materia nacional de protección. Pareciera fortalecerse la tendencia reciente latinoamericana de insertar constitucionalmente los diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, ya sea de manera supraconstitucional²¹ o con rango constitucional²², supralegal²³ y legal²⁴. Tras la inclusión de este país en el sistema de cláusulas abiertas –de acuerdo a las que expresamente se expone que la declaración o enunciación de los derechos contenidos en la norma constitucional no deben ser entendidas como excluyentes de otros no enumerados en dicho texto, como las contenidas en instrumentos jurídicos

19 Añón, María José. “Derechos fundamentales y Estado constitucional”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N° 40, 2002, Valencia, p. 27.

20 *Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011, pp. 2 a 5.

21 Artículos constitucionales respectivos: 93 (Colombia), 46 (Guatemala), 18 (Honduras) y 23 (Venezuela).

22 Artículos constitucionales respectivos: 3 y 424 (Ecuador), y 75.22 (Argentina).

23 Artículos constitucionales respectivos: 7 (Costa Rica), 144 (El Salvador) y 137 (Paraguay).

24 Artículos constitucionales respectivos: 55 (Perú) y 3 (República Dominicana).

internacionales— solo Cuba, Chile y Panamá quedan exceptuados de esta tendencia.

V. Control de convencionalidad

Así, aparecen con fuerza dos elementos que establecen clara profundización de este proceso de constitucionalización de los derechos humanos: el control de convencionalidad y el *ius constitutionale commune latinoamericanum*.

Es conceptualizado el control difuso de convencionalidad como la “competencia [de los jueces locales] para dejar de aplicar en los casos concretos sometidos a su jurisdicción, aquellas normas jurídicas que sean incompatibles con las normas jurídicas de jerarquía suprema en el respectivo Estado”²⁵.

Su historia se reconoce a partir del voto concurrente emitido por el eminente jurista mexicano Sergio García Ramírez en el caso Myrna Mack Chang contra Guatemala. Efectivamente, este señaló en el párrafo 27 de dicho voto lo siguiente: “No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional”.

Aquí vemos una clara analogía con el llamado “control de constitucionalidad”: si los órganos jurisdiccionales, en sede

25 Arenas Bátiz, Carlos Emilio. “Control difuso por juez local”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y otros (coords.). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional ...*, p. 244.

interna, están encargados de velar por el cumplimiento del principio de supremacía constitucional –(por tanto, que todas las normas jurídicas no constitucionales se supediten a lo que señale el texto constitucional), el juez interamericano debe hacer el control de convencionalidad para verificar que los actos de los Estados parte del sistema interamericano de derechos humanos (en adelante SIDH) se ajusten a los parámetros establecidos, tanto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la CADH) como por el resto del *corpus* normativo interamericano e internacional en la materia.

Este proceso ha pasado por diversas etapas de comprensión sobre a quién le correspondía aplicar este control de convencionalidad en sede interna: 1º, solo el órgano de control constitucional (caso Almonacid Arellano contra Chile); 2º, cualquier órgano del Poder Judicial (caso Trabajadores cesados del Congreso contra Perú); 3º, toda autoridad judicial (caso Cabrera García y Montiel Flores contra México); y 4º, toda autoridad pública independiente si tiene alcance jurisdiccional o no (caso Gelman contra Uruguay).

La reforma constitucional en materia de derechos humanos en México de 2011, agrega al primer artículo constitucional –en su párrafo segundo– lo que se ha dado en llamar el control difuso de convencionalidad, en los siguientes términos: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

Creo pertinente destacar una tesis aislada emitida en octubre de 2015 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante la SCJN) mexicana cuando –en la resolución del Amparo directo en revisión 4927/2014– se especificó el

modo de aplicación de este tipo de control en su relación con el respectivo de constitucionalidad, lo que –como se puede observar a continuación– hace alusión directa a dos tópicos que constituyen el núcleo de este texto: el debido proceso y el acceso a la justicia.

CONTROL CONCENTRADO Y DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. SUS DIFERENCIAS.

De los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deriva que el control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad respecto de normas generales por vía de acción está depositado exclusivamente en los órganos del Poder Judicial de la Federación, quienes deciden en forma terminal y definitiva, por medio del análisis exhaustivo de los argumentos que los quejosos propongan en su demanda o en los casos en que proceda la suplencia de la queja, si una disposición es contraria o no a la Constitución Federal y a los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte. Por su parte, el control difuso que realizan las demás autoridades del país, en el ámbito de su competencia, se ejerce de manera oficiosa, si y sólo si, encuentran sustento para ello, respaldándose en el imperio del cual están investidas para juzgar conforme a la Constitución. Por tanto, el control ordinario que ejercen estas autoridades en su labor cotidiana, es decir, en su competencia específica, se constriñe a establecer la legalidad del asunto sometido a su consideración con base en los hechos, argumentaciones jurídicas, pruebas y alegatos propuestos por las partes, dando cumplimiento a los derechos fundamentales de audiencia, legalidad, debido proceso y acceso a la justicia. Es aquí donde el juzgador ordinario, al aplicar la norma, puede contrastar, de oficio, entre su contenido y los derechos humanos que reconoce el orden jurídico nacional (esto es, realizar el control difuso)

en ejercicio de una competencia genérica, sin que la reflexión que realiza el juez común, forme parte de la disputa entre actor y demandado. En ese sentido, la diferencia toral entre los medios de control concentrado y difuso estriba, esencialmente, en que en el primero es decisión del quejoso que el tema de inconstitucionalidad o inconvencionalidad de la ley forme parte de la litis, al plantearlo expresamente en su demanda de amparo; mientras que en el segundo, ese tema no integra la litis, que se limita a la materia de legalidad (competencia específica); no obstante, por razón de su función, por decisión propia y prescindiendo de todo argumento de las partes, el juzgador puede desaplicar la norma que a su criterio no sea acorde con la Constitución o con los tratados internacionales en materia de derechos humanos²⁶.

Esta tesis es manifiesta continuación de la ampliación en el criterio de interpretación del juzgador de los derechos humanos, bajo el parámetro de la jurisprudencia emitida por la Primera Sala de la SCJN, en la que se establece lo siguiente:

DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS TANTO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. PARA DETERMINAR SU CONTENIDO Y ALCANCE DEBE ACUDIRSE A AMBAS FUENTES, FAVORECIENDO A LAS PERSONAS LA PROTECCIÓN MÁS AMPLIA.

Acorde con lo sostenido por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.)* las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales y en la Constitución Política

26 “Tesis 1a. CCLXXXIX/2015 (10a.)”. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 23, Tomo II, octubre de 2015, México, p. 1,647.

de los Estados Unidos Mexicanos no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, ya que se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional. Por tanto, cuando un derecho humano esté reconocido tanto en la Constitución Federal, como en los tratados internacionales, debe acudir a ambas fuentes para determinar su contenido y alcance, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; en el entendido de que cuando exista en la Constitución una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional²⁷.

La innovación constitucional nacional pareciera dar argumentos para zanjar una polémica de larga data suscitada desde la reforma al artículo 133 constitucional de 1934²⁸, que trasladó del Congreso Federal a la Cámara de Senadores la aprobación de los “tratados” celebrados por el Estado mexicano, reforzando entonces el principio de supremacía constitucional²⁹. El exministro presidente de la SCJN, Juan Silva Meza, ha señalado que

la reforma supone un cambio de paradigma constitucional al prever que los derechos humanos sean “reconocidos” por el Estado en lugar de considerarse “otorgados” y al ordenar la interpretación “conforme” de las normas relacionadas

27 “Tesis: 1a./J. 29/2015 (10a.)”. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 17, Tomo I, abril de 2015, México, p. 240.

28 *Decreto que reforma los artículos 30, 37, 73, fracción XVI y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación del 18 de abril de 1934.

29 Sobre el tortuoso proceso de limitación del principio de soberanía constitucional señalado en el mencionado artículo 133, véase Patiño Manffer, Ruperto. “Algunos problemas derivados de la incorporación del Derecho internacional al Derecho nacional y la jerarquía de los tratados”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Vol. 3, N° 5, México, 2007, pp. 1 a 19.

con los derechos humanos. Esto significa que el trabajo de interpretación de las normas que realicen todas las autoridades, en especial los Órganos Judiciales, deberá tomar en cuenta lo que prevea tanto la Constitución como los diversos tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte³⁰.

Ello parte por ratificar los principios elementales de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, de aplicación obligatoria para todas las autoridades conforme al actual párrafo tercero del primer artículo constitucional.

A su vez, es importante considerar la resolución de la SCJN de la Contradicción de Tesis 293/2011 de abril de 2014, donde estableció el llamado parámetro de regularidad en los siguientes términos:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se

30 Silva Meza, Juan. *Ministro Presidente, Informe Anual de Labores 2011*, Revista Compromiso, México, 2011, p. 10.

relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano³¹.

La reforzada importancia de las jurisdicciones nacionales e internacionales en su tarea de respeto, protección, cumplimiento y satisfacción de los derechos de las personas, grupos o Estados –en su caso– ha potenciado la relevancia del contenido de las decisiones jurisdiccionales como elementos activos de un derecho dinámico y en permanente evolución. No deja de ser interesante, en este sentido, la Opinión Consultiva OC-22/16 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –de febrero de 2016–

31 “Tesis: P./J. 20/2014 (10a.)” *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, México, p. 202.

sobre la titularidad de derechos de las personas jurídicas en el SIDH, la cual señaló que acorde a lo dispuesto en el artículo 1.2 de la CADH –que considera persona a “todo ser humano”– “se desprende con claridad que las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales”,³² excluyéndose de tal prohibición –por la naturaleza jurídica propia que poseen– las comunidades indígenas y tribales y las organizaciones sindicales³³. Esto deja tajante mensaje en cuanto a definir los derechos humanos –con su garantía y protección– centrados en las personas naturales, en el ser humano, lejos de ciertas tendencias que pretenden adecuarlos a intereses de los grandes centros empresariales bajo el rótulo que también son “personas” (morales), en un contexto donde las directrices de la globalización neoliberal pretende socavar los cimientos esenciales del Estado de derecho a partir del ejercicio soberano del poder estatal; este ejercicio se refuerza, parece, desde el discurso internacionalista de los derechos humanos.

La creciente importancia que han adquirido las jurisdicciones –nacionales e internacionales– para el respeto, la protección, el cumplimiento y la satisfacción de los derechos de los individuos, grupos o Estados –en su caso– ha potenciado la relevancia del contenido de las decisiones jurisdiccionales como elementos activos de un derecho dinámico y en permanente evolución. Además, el principio del derecho viviente y del *effet utile* en la interpretación de las normas³⁴ –en particular del derecho

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.A y B del Protocolo de San Salvador*, Opinión Consultiva OC-22/16, 26 de febrero de 2016, Serie A, N° 22, párr. 70.

33 Cfr., *ibíd.*, párr. 71 a 105.

34 “En virtud de este papel fundamental que se le asigna en la Convención, los

internacional y de los derechos humanos, actualizados al momento de la adopción y pronunciamiento de la sentencia— confirman la importancia del examen de las decisiones judiciales. Esto tiene relevancia excepcional en la última década en el ámbito interamericano, respecto de casos paradigmáticos como la reapertura en Argentina de los juicios por crímenes de lesa humanidad cometidos durante el período 1976-1983, argumentando que “resulta violatorio de los derechos garantizados por la Convención [Americana de Derechos Humanos], y entendió que tales disposiciones son incompatibles con el Artículo 18 (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los Artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”³⁵; igualmente Chile, donde la Corte Suprema de Justicia ha dado fundamentos al respecto tanto en casos de violaciones de derechos humanos cometidos durante la dictadura de Pinochet (homicidio calificado

Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones necesarias para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable [derecho a la vida], así como el deber de impedir que sus agentes, o particulares, atenten contra el mismo. El objeto y propósito de la Convención, como instrumento para la protección del ser humano, requiere que el derecho a la vida sea interpretado y aplicado de manera que sus salvaguardas sean prácticas y efectivas (*effet utile*). Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 1 de julio de 2006, Serie C No. 148, párr. 129; *Caso Baldeón García vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 6 de abril de 2006, Serie C No. 147, párr. 83; *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago* (Excepciones Preliminares) sentencia del 1 de septiembre de 2001, Serie C No. 80, párr. 83; y *Cfr. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú* (Competencia), sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 55, párr. 36.

35 Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc.*, Causa N° 17.768, decisión del 14 de junio de 2005, cdo. 22. Véase, Guembe, María José. “La reapertura de los juicios por los crímenes de la dictadura militar argentina”, *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 2, N° 3, Sao Paulo, 2005, pp. 120 a 137.

de Fernando Vergara Vargas³⁶, Liquiñe³⁷ y Caravana de la muerte “Episodio San Javier”³⁸), así como en el sonado proceso de extradición pasiva del llamado caso Fujimori³⁹, tomando como base lo dispuesto en el artículos 27 y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante la Convención de Viena) de 1969⁴⁰.

En cuanto a México, es importante la reforma al actual párrafo 2º del primer artículo constitucional; esta tiene una trascendencia que ha dejado claro el referido expresidente de la SCJN, al afirmar que ahora “la totalidad de intérpretes constitucionales tienen la obligación de realizar el llamado control de convencionalidad de cara al marco normativo de origen internacional en derechos humanos”⁴¹. Tan así, que se ha tomado como elemento de inicio de la actual “décima época” de la SCJN, que “se origina con motivo de la publicación de dos reformas constitucionales trascendentales: una en materia del Juicio de Amparo y la otra

36 Corte Suprema de Justicia. *Caso sobre el homicidio calificado de Fernando Vergara Vargas*, Rol N° 6308-2007, sentencia del 8 de septiembre de 2008, cdo. 19º.

37 Corte Suprema de Justicia, *Caso sobre el secuestro calificado denominado Episodio Liquiñe*, Rol N° 4662-2007, sentencia del 25 de septiembre de 2008, cdo. 42º.

38 Corte Suprema de Justicia. *Caso sobre el homicidio calificado en el denominado caso Caravana de la muerte “Episodio San Javier”*, Rol N° 4723-07, sentencia del 15 de octubre de 2008, cdo. 9º.

39 Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. *Caso sobre la extradición pasiva de Alberto Fujimori Fujimori*, Rol N° 3744-07, sentencia del 21 de septiembre de 2007, cdo. 12º.

40 Véase Aguilar Cavallo, Gonzalo. “La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: un proceso esperanzador”, *Estudios Constitucionales*, año 7, N° 1, Talca, 2009, pp. 91 a 136. La Convención de Viena fue aprobada por la ONU en Viena, Austria, el 23 de mayo de 1969. En México fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del viernes 14 de febrero de 1975; entró en vigor el 27 de enero de 1980.

41 Silva Meza, Juan. *Ministro Presidente...*, p. 14.

en materia de Derechos Humanos. Leídas en conjunto, ambas reformas constitucionales nos obligan a la SCJN a reconstruir los criterios, velando por el respeto a los derechos fundamentales de todos⁴².

Por ello, es importante lo señalado por la exministra de la SCJN y próxima Secretaria de Gobernación de México, Olga Sánchez Cordero, cuando respecto de los instrumentos internacionales refiere que “es a partir del año 2011, en que los derechos humanos contenidos en ellos, adquieren un rango superior, equiparándose a la propia Constitución e incluso –en mi opinión– estando por encima sí éstos son más favorables a la persona, en términos del principio pro persona y los lineamientos rectores derivados de la Convención de Viena, como el famoso ‘*pacta sunt servanda*’⁴³, consagrado en el artículo 26 de la misma; esto último, complementado con el referido artículo 27 de dicha Convención, claramente relacionado con la necesaria reforma al párrafo 6° del artículo 21 constitucional, y el reconocimiento de la jurisdicción plena de la CPI. Como bien refirió el doctor Jorge Carpizo, “una espléndida defensa de los derechos humanos es cien por ciento compatible con una espléndida procuración y administración de justicia y con una espléndida seguridad pública [...] que constituyen realmente aspectos diversos de una misma cuestión toral: la dignidad humana y los derechos humanos”⁴⁴.

42 *Anexo del Acuerdo General Plenario de la SCJN de septiembre de 2011*, pp. 27 y 28.

43 Sánchez Cordero, Olga. *Reformas constitucionales de 2011. ¡Hacia dónde!*, conferencia pronunciada el 7 de junio de 2012 en el auditorio “José María Morelos y Pavón”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, p. 17, disponible en <http://www.olgasanchezcordero.mx/sites/default/files/Conferencias/2012JUNIO7.pdf>

44 Carpizo McGregor, Jorge. “Los derechos humanos: una propuesta de clasificación de los derechos civiles y políticos”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXI, N° 256, julio-diciembre de 2011, México, p. 59.

VI. *Ius constitutionale commune*

Otra de las vertientes importantes a destacar es la irrupción, en forma sigilosa pero con pie firme, del *ius constitutionale commune* latinoamericano. Si bien su data es de mayor antigüedad –con la creación en 1974 del actual Instituto Latinoamericano de Derecho Comparado– ha sido en las últimas dos décadas donde ha recobrado un vigor señero, impronta que le sirve para establecerse como clara guía en el devenir del constitucionalismo en la región y su consecuente relación con el sistema de esta y con el internacional de derechos humanos.

Ha sido definida tal corriente como “un proyecto político, jurídico y cultural, sustentado en la convicción de que solamente bajo una mirada transformadora, el derecho público y su ciencia pueden enfrentarse exitosamente a los desafíos contemporáneos”⁴⁵.

En tal sentido, no se trata de un criterio unificador sino más bien integrador, que entienda las particularidades de cada derecho constitucional local a partir de una mirada común centrada en la persona humana y con especial énfasis en los derechos humanos. Para este efecto, se han mencionado los objetivos de este proyecto que

se basa en la tríada integrada por sus objetivos, conceptos clave y desafíos. Entre los objetivos centrales se examina la promoción y observancia de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho, el desarrollo de la estatalidad abierta y la conformación de instituciones internacionales eficaces y legítimas. La sistematización de los conceptos clave gira en la

45 Bogdandy, Armin von. “*Ius constitutionale commune*”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y otros (coords.). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional ...*, p. 774.

órbita del diálogo, de la inclusión y del pluralismo normativo. Los rasgos esenciales incluyen una concepción integral del derecho público, la argumentación fundamentada en principios y la mayor relevancia que se asigna al derecho comparado⁴⁶.

En lo personal, creemos que hay una mirada que diferencia al *ius constitutionale commune* de otros procesos integradores a nivel regional, europeo o americano: el centro es la persona humana y sus derechos, a partir de la ya larga y rica tradición del constitucionalismo, como puente académico que nutra los futuros derroteros del camino práctico y jurisprudencial de los derechos humanos. Así, existe un claro separador respecto de gran parte de los procesos integradores que tuvimos experiencia de atestiguar durante los últimos sesenta años: mientras el factor de estos fue la paulatina comprensión del derecho internacional privado y del comercio exterior –por ejemplo, los bloques económicos como la actual Unión Europea conocida en su momento como la Comunidad Económica Europea (CEE) o el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), con las consiguientes divergencias que del plano económico se suscitan a lo político dependiendo de la arista en que la economía se entienda– los derechos humanos tienen una pretensión universalista que, en el espíritu del primer artículo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante la DUDH) corresponda a todas las personas humanas independiente de su edad, nacionalidad, sexo, opinión política, orientación sexual o cualesquiera otra singularidad.

Además, creemos que hay una clara vinculación con la academia al involucrarse directamente en los derechos humanos de comprensión constitucional. Aquello tiene una relevancia superior, si observamos que hay una tendencia mayor –en los tribunales nacionales– a considerar no solo las sentencias emanadas en la materia por otros órganos jurisdiccionales

46 *Ibid.*, p. 775.

nacionales o internacionales, sino también una mayor atención a la opinión doctrinal en la materia.

Esto incentiva a pensar más en un *ius constitutionale commune latinoamericanum* que pueda agrupar y proyectar nuevos caminos de convergencia entre el derecho internacional de los derechos humanos y los correspondientes derechos constitucionales, regionales y locales.

Conclusión

Como vemos, el largo derrotero de décadas que ha transitado el derecho internacional de los derechos humanos pareciera –por fin– encontrarse en un punto de comprensión con el ámbito del derecho constitucional. Lo anterior da claro perfil de permitir un camino llano a un nuevo tipo de juzgador que, conforme con los criterios devenidos del control de convencionalidad y el *ius constitutionale commune latinoamericanum*, pueda tener como referentes horizontes más expandidos en la comprensión universal y progresiva de los derechos humanos.

En conclusión, pareciera que México se inserta en un nuevo eje del derecho interno, limitando la soberanía estatal plena en virtud de la necesidad de profundizar en la protección de los derechos humanos pues desde la DUDH se inclina “sin duda la balanza, al menos sobre el papel, en favor de los individuos y en contra de los Estados”⁴⁷.

Es de esperarse que cada vez menos sea “sobre el papel” y más en la práctica, lo que parece que esta nueva conjunción de fortaleza entre el derecho interno y el derecho internacional público puede lograr.

47 Kennedy, Paul, *El Parlamento de la Humanidad...*, p. 235.

Derechos humanos: Una materia a ser interpretada

*Joaquín Pablo Reca**

Introducción

El hombre, como centro de la sociedad y razón de ser del Estado, es titular real o potencial de todos y cada uno de los derechos que pueden ser vinculados a la persona humana; en consecuencia, más allá del alcance y la importancia de las declaraciones de derechos e incluso a falta de estas, el hombre resultaría poseedor de todas las facultades que pudieran aparecer sin perjuicio de las limitaciones legalmente admisibles. Los instrumentos que describen los derechos humanos son meramente ejemplificativos.

Para llegar a tal conclusión, ha de partirse de la premisa contenida en el artículo 19 de la Constitución de la Nación Argentina, la cual sostiene que las acciones de los hombres que no afecten el orden público ni perjudiquen a terceros caen fuera de la égida del Estado; también en los instrumentos internacionales,

* Abogado de la Secretaría de Demandas Originarias y Contencioso Administrativo de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, graduado de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina; maestría de Derechos Humanos, en progreso, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata; colaborador, desde 2015 a la fecha, en la Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata; asistente en cursos sobre la materia; expositor en seminarios y jornadas de derechos humanos; publicaciones sobre los distintos factores que conculcan derechos humanos.

referidas a que: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática”¹.

De ello se extrae que toda acción que no perjudique a terceros ni ponga en peligro la seguridad común, no solo está permitida sino que –además– no podrá ser afectada bajo ningún concepto desde que el Estado, en principio, carece de potestades para reglamentar más allá de tales supuestos. En ningún caso, los intereses estatales podrán hacerse valer por sobre los de los habitantes, salvo en cuanto tiendan a preservar la seguridad general; por supuesto, tampoco podrán anteponerse las necesidades de ningún Gobierno al pleno ejercicio de los derechos.

I. Vallado a las potestades estatales: declaraciones escritas en materia de derechos humanos

Podría pensarse que resulta absolutamente innecesario y sobreabundante el consignar los derechos en textos escritos, toda vez que –aun cuando estos no existieran– el individuo igualmente se encontraría protegido por la norma general que estatuye su titularidad potencial de todos y cada uno de los derechos.

Si bien eso último resulta acertado, no puede negarse la utilidad de contar con catálogos que los describan con la mayor minuciosidad posible, toda vez que la historia demuestra la común resistencia del Estado a admitir y respetar las potestades de los

1 ConvenciónAmericanasobreDerechosHumanos, artículo 32.2; DeclaraciónAmericana de Derechos y Deberes del Hombre, romano XXVIII; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo29.2; y Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 4.

particulares pese –muchas veces– a hallarse plasmadas en prolijas declaraciones.

La referida conveniencia debe ser evaluada, teniendo siempre presente que la declaración de los derechos humanos que realizan un Estado o una comunidad regional o internacional, es un reconocimiento de los mismos; no los constituye, porque ello deviene de la existencia humana. Podemos reclamar tal declaración porque tiene un sólido fundamento, más allá de la norma escrita. Se tenga o no esta, cabe siempre reclamar su respeto y su promoción sin perjuicio de que aquel reconocimiento le añada certeza y le asegure su más efectivo cumplimiento².

Tales instrumentos describen no solo los derechos sino también las garantías, que no son otra cosa que métodos o instrumentos para hacer efectivo el mejor resguardo de aquellos. Así, la libertad ambulatoria aparecerá custodiada por el *habeas corpus* y todas las obligaciones impuestas al Estado para la sustanciación de procesos penales; los restantes derechos serán protegidos mediante el amparo y el libre acceso a los tribunales para conseguir su reconocimiento.

Un dato a tener en cuenta es que los documentos en cuestión permiten la formulación de un vallado infranqueable para las potestades del Estado, que no podrá avanzar sobre los principios así descriptos³.

Los compendios de derechos poseen una mayor efectividad si –como sucede en nuestro orden jurídico– provienen de fuentes distintas, externas –regionales o internacionales– y toda vez que,

2 Gelsi Bidar, Adolfo. “Jusnaturalismo y derechos humanos”, Cursillo sobre los derechos humanos y sus garantías, *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, segunda serie, N° 13, Montevideo, junio de 1990, p. 9.

3 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Nacional francesa el 27 de agosto de 1789.

además de insertarnos en el esquema universal de los derechos humanos, crean mecanismos de control ajenos al propio Estado; por ende, no manipulables por el mismo. Esto es lo que sucede con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH), con referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la CADH o el Pacto de San José); también ocurre con el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el PIDCP).

La interpretación de los documentos descriptivos de derechos debe hacerse con carácter extensivo, amplio, admitiendo el hecho de que puedan surgir otros no incluidos en el catálogo o que los que están puedan poseer un alcance superior al que podría indicar su formulación.

II. Presunciones en el campo de los derechos humanos: su operatividad

Uno de los temas más estudiados y discutidos por los constitucionalistas ha sido la coexistencia de dos grandes clases de disposiciones: las llamadas “operativas” y las “programáticas”.

Las primeras resultan de aplicación inmediata, razón por la cual algunos doctrinarios las denominan “auto-ejecutivas” o “*self-executing*” en el derecho comparado (derecho estadounidense), pudiendo hacerse valer ante un tribunal sin otra norma que precise su contenido o alcance. En nuestro ordenamiento jurídico, no resulta necesaria la sanción de ninguna ley para efectivizar el derecho de los habitantes a que no se les imponga la pena de muerte –artículo 4.3 de la CADH– ni a que se respete su libertad

de conciencia y religión, establecido en el artículo 12 de la misma, o de pensamiento y expresión contenida en su artículo 13, etc.

Mientras, las disposiciones “programáticas” necesitan un panorama concreto que es otorgado por directivas –por medio de disposiciones normativas– para su posterior aplicación. Le imponen al legislador la obligación de dictar las leyes que permitan efectivizar el derecho en cuestión.

La “programaticidad” presenta varios supuestos, según el grado de precisión de la descripción hecha por la norma o los condicionamientos establecidos por la misma para su vigencia.

Hay previsiones que requieren, para su implementación, la existencia de circunstancias de hecho determinadas para poder ser desarrolladas y puestas en vigencia; mientras tales condiciones no se den en el plano fáctico, carecen de toda posibilidad de ser implementadas⁴.

Otras presentan formulaciones dirigidas no al intérprete sino al legislador, imponiéndole el dictado de normas que hagan regir efectivamente el derecho de que se trate e indicándole un determinado contenido⁵.

Por último, aparecen mandatos claramente dirigidos al Órgano Legislativo que obligan a este no solo a dictar una ley de implementación, sino que también le imponen fijar su contenido y alcance⁶.

4 Es el caso del artículo 26 de la CADH que establece el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, “en la medida de los recursos disponibles”.

5 Por ejemplo, el artículo 17.4, números y 5, de la CADH, así como el artículo 20 del PIDCP.

6 Por ejemplo, los artículos 19 de la CAD.H. y 24.1 del PIDCP. En la actualidad, tales derechos han sido precisados adecuadamente a partir de la ratificación por

Para determinar si una norma es “operativa” o “programática” deberá estarse principalmente a su formulación gramatical, a quién se halla dirigida, el tipo y el tiempo de verbo empleado, etc. Así, si se expresa que “la ley debe” o “la ley deberá” reconocer tal o cual derecho, nos hallaremos ante una previsión programática; pero no será así cuando se aluda a que las personas “tienen” derechos sujetos a “las limitaciones prescriptas por la ley” o “las condiciones que establezca la ley”, o “según las formas establecidas por la ley”, etc. En este último supuesto, la norma indica a través del tipo y tiempo de verbo –“tiene”– que el individuo es poseedor de un derecho vigente y que el legislador puede fijar las condiciones de tiempo y modo imprescindibles para asegurar su adecuado ejercicio, sin desnaturalizarlo.

Las normas en materia de derechos humanos corren con la presunción de operatividad. Así fue admitido desde antaño por la CSJN (en adelante la CSJN), especialmente a partir del caso *Siri*, en cuanto sostuvo que “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer ‘en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación’”⁷ –como dice el artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina– para agregar a renglón seguido, citando a Joaquín V. González, que no son, “como puede creerse [...] simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con

nuestro país de la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por la Ley N° 23.338) que –conforme el artículo 75, número 22, de la Constitución de la Nación Argentina– posee jerarquía constitucional.

7 Corte Suprema de Justicia Nación. *Siri, Ángel (1957)*, Amparo contra actos del Estado, Fallos 239:459, 27 de diciembre de 1957, fallos 239:459.

vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto, porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre o independiente”⁸. Contemporáneamente ha agregado lo siguiente: “Es consecuencia de esta distinción (entre Tratados y Tratados en materia de derechos humanos) la presunción de operatividad de las normas contenidas en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos”⁹. Esta lógica de la Corte Suprema de Justicia encuentra su basamento en el “deber” de respetar los derechos del hombre, axioma central del derecho internacional de los derechos humanos.

En la misma línea de razonamiento se erige la Corte IDH al sostener que “el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo”¹⁰.

Más, la circunstancia de hallarnos frente a una norma programática no implica que carezca de cualquier efecto sino que –por el contrario– pueden extraerse varias consecuencias.

La primera de estas es que la disposición impide al Estado la adopción de normas que se opongan al mandato o al plan contenido en aquella puesto que, de lo contrario, se estaría desconociendo el programa.

8 Corte Suprema de Justicia Nación. *Siri, Ángel (1957)*, Amparo contra actos del Estado, Fallos 239:459, 27 de diciembre de 1957, fallos 239:459.

9 CSJN, *Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros, LL*, 1992-C, 543 del voto de los Dres. Petracchi y Moliné O'Connor.

10 Gross Espiell, Héctor. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 212.

En segundo término, si el mandato normativo aparece claro el intérprete estará obligado a seguirlo al escudriñar el sentido de otras normas.

Por último, se ha sostenido que el Órgano Legislativo queda emplazado a poner en marcha el plan esbozado en la norma dentro de un plazo razonable, lo que ha sido reconocido por la CSJN con relación expresa a los tratados en materia de derechos humanos, al decir que “la violación de un tratado internacional puede acaecer [...] por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento”¹¹.

No debe aquí perderse de vista que, en materia de interpretación de derechos humanos, rigen el principio *in dubio pro libertate* o el principio *favor libertate* que poseen diversas acepciones dado que –además de reforzar la presunción de operatividad de las normas que los contienen– propician la adopción de las soluciones que mejor y más ampliamente coordinen los derechos de los individuos; por otra parte, indican que cuando se plantea el crudo dilema de todas las sociedades modernas entre las potestades estatales y las facultades de los individuos, entre seguridad y libertad, debe adoptarse una solución que en ningún caso conculque los intereses de la persona humana.

En síntesis, siempre –ante cualquier incertidumbre que se plantee en el proceso interpretativo– habrá de escogerse la solución que resulta más próxima al pleno ejercicio de los derechos del hombre.

11 CSJN. Ekmekdjian c/ Sofovich cit; Bidart Campos, Germán J. *El “adentro” y el “afuera” del derecho de réplica*, ED, 25 de agosto de 1992 (especialmente párr. 9 del cap. III).

III. Titularidad de los derechos humanos: ¿destinatarios indiscriminados?

El derecho presupone la existencia de una vida en sociedad, de convivencia, puesto que aquel solo resulta necesario como regulador cuando entra en juego más de una persona. Esto trae aparejada la necesidad de determinar quién puede ser titular de derechos humanos y frente a quién los hace valer, o quién interviene en una relación de derechos humanos.

No puede haber ninguna duda de que el hombre es esencialmente el titular de la clase de potestades que nos ocupa.

Sobre el Estado como tal debemos aclarar que si bien goza de ciertos derechos propios de las personas, tal extremo no la convierte en una. Es por tal motivo que no debemos circunscribirlo como destinatario de los derechos humanos, por el simple hecho de carecer de caracteres humanos. Sería un grave error tergiversar el rol del Estado en la materia susodicha, el cual debe actuar no como titular de los mismos sino como impulsor y garante. En esta tesitura lo enmarcan tanto los tratados internacionales, como así también la Corte IDH.

Más dudoso es el caso de las sociedades o asociaciones civiles, comerciales, gremiales o políticas. Hay quienes han entendido que al estar integradas por personas, los entes colectivos –en la medida que les es admitida la titularidad de ciertos derechos análogos a los de aquellas– podrán ser reconocidos como derechos humanos. Sin dejar de aceptar que tal doctrina aparece inspirada en la intención de dar la mayor cobertura posible al ser humano en sus múltiples actividades dentro de la sociedad y también de admitir que es un derecho del hombre el de asociarse libremente con fines lícitos, tampoco puede ignorarse que la lectura de los instrumentos existentes en materia de derechos humanos parece indicar con claridad que los catálogos están referidos a hombres;

incluso, el más importante de dichos instrumentos se identifica claramente al sujeto activo en los siguientes términos: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”¹².

El problema de la determinación del titular de los derechos humanos resulta fundamental en el proceso interpretativo, puesto que de la respuesta que se dé al interrogante dependerá si una persona jurídica está autorizada a exigir una obligación determinada por parte de alguien, con base en los instrumentos internacionales que los describen.

Así como en principio solo el hombre puede ser titular de derechos humanos, igualmente pareciera que el sujeto pasivo de la relación frente al que pueden hacerse valer sería cualquiera: el Estado u otra persona física o jurídica.

No puede existir duda en cuanto a que determinados derechos y garantías tienen como único obligado posible al Estado. Así –a solo título ejemplificativo– pueden mencionarse por ejemplo la prohibición de reimplantar la pena de muerte¹³ y, las garantías judiciales¹⁴ así como el principio de legalidad y de retroactividad de la ley penal más benigna”¹⁵.

En otros supuestos, el sujeto pasivo puede ser un individuo o una sociedad como podría acaecer si la vida o la integridad corporal fueran afectadas por el accionar de personas individuales o grupos de personas no vinculadas al Estado. Pero en materia de derechos humanos, este siempre resultará obligado en forma directa, indirecta o eventual, desde que el deber estatal “de garantizar el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la

12 CADH, artículo 1.2.

13 CADH, artículo 4.3.

14 CADH, artículo 8.

15 CADH, artículo 9.

Convención implica la obligación de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan impedir el disfrute de tales derechos”¹⁶.

Esta obligación que convierte al Estado en sujeto pasivo de toda relación de derechos humanos, está puesta en cabeza del Órgano Judicial y ha sido admitida por la CSJN¹⁷.

IV. Breve referencia a la Opinión Consultiva OC-22/16

El 28 de abril de 2014, la República de Panamá presentó una solicitud de Opinión Consultiva sobre el artículo 1.2 en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la CADH, así como del artículo 8.1 a) y b), del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como el Protocolo de San Salvador.

Acorde a lo requerido por Panamá, el 26 de febrero de 2016 la Corte IDH emitió su dictamen al respecto¹⁸. Así, agrupó las preguntas presentadas en cuatro temas principales, a saber: i) la consulta sobre la titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano; ii) las comunidades indígenas y tribales, y las organizaciones sindicales; iii) la protección de derechos humanos de personas naturales en tanto miembros de

16 En relación, particularmente, con las disposiciones de la CADH contenidas en los artículos 1.1 y 2.

17 CSJN, *Ekmekdjian c/ Sofovich*, cit., cdos. 16 y 20.

18 Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22 Solicitante: República de Panamá, disponible en <http://www.saij.gob.ar/corte-interamericana-derechos-humanos-internacional-san-jose-cost-rica-opinion-consultiva-oc-22-16-26-febrero-2016-serie-22-solicitante-republica-panama-fa16570003-2016-02-26/123456789-300-0756-lots-eupmocsollaf>

personas jurídicas; y iv) el agotamiento de recursos internos por personas jurídicas.

Acerca de la primera pregunta, la Corte IDH consideró imperativo realizar una interpretación del artículo 1.2 de la CADH. Para ello, hizo uso de los métodos interpretativos estipulados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁹: a) el sentido corriente del término y la buena fe, b) el objeto y el fin del tratado, c) el contexto interno del tratado y d) la interpretación evolutiva.

Finalmente, habiendo empleado en forma simultánea y conjunta los criterios expuestos, la Corte IDH concluyó que de una interpretación del artículo 1.2 de la CADH se desprende con claridad que las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales, por lo que no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos ante el sistema interamericano de derechos humanos.

Para llegar a tal conclusión, aquella hizo hincapié en el “contexto interno del tratado”. Así, tanto el preámbulo de la CADH como las primeras consideraciones de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre muestran que estos instrumentos fueron creados con la intención de centrar la protección y la titularidad de los derechos en el ser humano.

Asimismo, el presente caso nos permite ahondar sobre el carácter vinculante de las opiniones consultivas de la Corte IDH. En la consulta de Panamá, la decisión es vinculante para todos los Estados y no solo para el que la solicitó ya que se trata de una interpretación referente a las normas del Pacto de San José –interpretación de normas internacionales– y no sobre el derecho

19 Ratificada por Argentina mediante la Ley N° 19.865. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de enero de 1973.

interno de uno de estos²⁰; en el caso de que los Estados no sigan los lineamientos de esa opinión, se interpretará como violación de derecho.

V. Intérpretes

Es por demás evidente que la interpretación de textos normativos no se halla necesariamente velada a persona alguna; de hecho, tal operación intelectual es llevada a cabo diariamente por el habitante, el abogado, el jurista, el estudiante, etc.

Sin embargo, resulta imprescindible –para comprobar la vigencia real de un sistema de derechos humanos– el conocer la jurisprudencia de los tribunales puesto que sus decisiones reflejarán el grado de adaptación de una sociedad a los parámetros de aquel en un momento dado de su historia.

Nuestra CSJN, con específica referencia al Pacto de San José, ha admitido que la interpretación del mismo debe “guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”²¹. Ello viene a reafirmar el carácter supraconstitucional del sistema implementado a partir del instrumento antes mencionado.

20 Así pasó el 18 de mayo de 2016, con el caso de la República de Costa Rica en la Opinión Consultiva OC-24/17, en la cual se solicitó esta sobre el artículo 54 de su Código Civil en relación con la identidad de género.

21 CSJN, “Ekmekdjian/ Sofovich”, cdo.21 especialmente; y “Giroldi”, puntualmente el cdo.11.

Conclusión

La Constitución de la Nación Argentina reglamenta puntiliosamente las facultades del Estado, de cada uno de sus órganos y sus funciones; tales previsiones configuran el techo por sobre el cual carece de competencia para intervenir. El hombre le ha delegado determinados poderes, pero solo los indispensables para que pueda conseguir los fines para los cuales fuera creado; o sea, lograr el goce de los derechos de los habitantes en un pie de igualdad, conseguir su desarrollo material e intelectual, y aportar la seguridad.

En consecuencia, dichas facultades han de ser interpretadas en forma restrictiva, siempre que puedan interferir o rozar derechos humanos. En este supuesto, solo tendrá potestades para reglamentar cuando expresamente se le confiera y siempre que el ejercicio del derecho por parte del individuo pueda afectar a terceros, a la seguridad o al bienestar de la comunidad. Nunca la limitación podrá estar fundada en intereses momentáneos de un Gobierno o de un grupo dentro de la sociedad, sino que deberá estar basada en una mejor coordinación para asegurar el ejercicio de los derechos humanos a todos en un pie de igualdad.

De esta manera entiendo que el Estado, en materia de derechos humanos, puede intervenir mínima y exclusivamente como ordenador de la coexistencia social; carece en esta materia de facultades implícitas; está obligado como sujeto pasivo de derechos a adoptar todas las medidas para otorgar operatividad a aquellos derechos que lo requieran y le está vedado intervenir en toda oportunidad en que el legítimo ejercicio de un derecho humano no interfiera con el de un tercero. También la responsabilidad del Estado se extiende a la obligación de adoptar medidas reales y efectivas para garantizar el goce de los derechos

humanos por parte de las personas sometidas a su jurisdicción, removiendo los obstáculos que pudieran presentarse.

En este orden de ideas, aparecen importantes las limitaciones a las potestades estatales al estar vedado intervenir en referencia a acciones de los hombres que no produzcan daños a terceros –sean estos reales o potenciales, actuales o inminentes– ni interfieran el legítimo ejercicio del derecho de otro.

No obstante lo mencionado con antelación, se admite que el Estado posea facultades para reglamentar derechos de los habitantes en función del bien común. Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la CADH, como “un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos”²². En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del mismo la organización de la vida social de forma tal que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas, y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana. No escapa a la Corte IDH, sin embargo, la dificultad de precisar de un modo unívoco los conceptos de orden público y bien común. A este respecto, debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse como medios para suprimir un derecho garantizado o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real. Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta tanto el equilibrio entre

22 CIDH/Corte IDH. *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1987*, Vol. 1, cap. 2, p. 1,187, Nijhoff, Martinus Editores, Dordrecht, Boston, Londres, publicado el 1 de agosto de 1987; Corte IDH. La expresión «Leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986.

los distintos intereses en juego, así como la necesidad de preservar el objeto y el fin de la CADH.

¿La culpa la tienen los derechos humanos?

Reflexiones a propósito del 70 Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

*Lautaro Ezequiel Pittier**

I. ¿La culpa la tienen los derechos humanos?

Este año se cumplen siete décadas de la aprobación de dos declaraciones que dieron el puntapié inicial a una serie de documentos, que cimentaron luego –junto con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que cumple cuarenta años de vigencia– un sistema de protección que en nuestro continente tuvo un especial impacto.

En efecto, alrededor de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante la DUDH) se desarrolló una serie de “instrumentos de protección”, como normativas e instituciones que orientan y monitorean el cumplimiento del compromiso de los Estados con estos valores. En este proceso de institucionalización se crearon organismos regionales –como la Organización de

* Abogado, director de Asuntos Jurídicos y docente de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Buenos Aires, Argentina; director del Instituto de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora; finalizando el profesorado universitario en Ciencias Jurídicas.

los Estados Americanos (en adelante la OEA)– que permiten implementar acciones orientadas a las especificidades de la región.

Argentina suscribió desde 1948 la DUDH, pero en 1994 incorporó a su Constitución acional –en el artículo 75, inciso 22– el conjunto de declaraciones, tratados y pactos internacionales sobre derechos humanos, otorgándole jerarquía constitucional y construyendo así lo que se denominó bloque de constitucionalidad.

Sin embargo, quienes trabajamos en derechos humanos solemos escuchar la siguiente frase: “La culpa la tienen los derechos humanos”. Se oye esa expresión no solo en conversaciones de sobremesa, sino también en la televisión y en los cafetines de Buenos Aires; también en espacios áulicos suele escucharse, así como otras expresiones que sintetizo en esta por hacer honor a la brevedad. Parece extraño que en un país que experimentó los horrores del abuso de poder y el terrorismo de Estado, necesite formularse esta pregunta cuando aquí se vieron atrocidades y crímenes contra la humanidad que fueron perpetrados en nuestro suelo, escribiendo las páginas más oscuras narradas en primera persona en el denominado “juicio a las juntas”. Parece que la batalla cultural y educativa es la que aún seguimos perdiendo.

Qué docente de derechos humanos no ha sido interpelado con otra pregunta: ¿Los “derechos humanos” son de los delincuentes?

Vale aclarar que los derechos humanos no son de nadie, no tienen bandera ni afiliación política. Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles; nacieron como una afirmación de la dignidad humana frente al ejercicio del poder estatal abusivo.

Lamentablemente, en la actualidad encontramos una operatoria discursiva bastante perversa que consiste en confundir la palabra *víctima* con la palabra *inocente*. Así, pareciera que solo puede ser víctima quien es completamente inocente; de esta forma, es más fácil proteger los derechos de quien, totalmente inocente, nada hizo para ponerse en el rol de víctima. Por ejemplo, es menos incómodo proteger a “un cachorro”, “un gato” o un “oso panda” –seres totalmente inocentes frente a actos de crueldad humana– que proteger los derechos de una persona sometida a un juicio penal. Ello, teniendo en cuenta que el principio de inocencia es un postulado indispensable del proceso penal.

Así las cosas, en democracia todas las vidas humanas deben tener el mismo valor pues los derechos humanos no dependen de ninguna acción para su merecimiento; se los tiene porque son conquistas históricas frente al poder público y porque su respeto evita las masacres.

Otras interrogantes nacen entonces. ¿El principio de isonomía, de igualdad ante la ley, es tan sólo una expresión de deseos? Si todos somos iguales, ¿no nos merecemos todos los mismos derechos? ¿O depende de lo que hagamos para que se nos garanticen?

Así, responder negativamente la primera pregunta y afirmativamente la segunda es éticamente inaceptable y democráticamente inviable.

Una de las mayores virtudes de los derechos humanos es que no se requiere contar con mérito alguno para ejercerlos. No se otorgan; se conquistan y afortunadamente, sobre todo, no dependen del “capricho” de nadie para su disfrute.

Luego, esto no significa que el Estado no deba velar también por los derechos de las víctimas de los delitos. Pero dicha acción

no se contraponen con brindarle un debido proceso a quien se encuentra acusado o condenado por un delito.

Ojo con esa expresión que señala: “¡Con la pena de muerte estos casos aterradores no sucederían!”; o peor: “En países como Estados Unidos no pasa porque la ley se cumple, porque hay pena de muerte”.

Nada más lejos de la realidad. Estados Unidos es un país con enormes desigualdades, donde el sistema judicial no está exento de error y donde existe la pena de muerte; un país en donde los crímenes aberrantes nutren de argumentos al cine policial y de terror. Las cifras publicadas por PNDAS¹ proporcionan un dato estadístico escalofriante en ese escenario: al menos un 41 % de los condenados a muerte habría sido exonerado de haber pasado el suficiente tiempo en el “corredor de la muerte”. Porque están allí debido a un error judicial, no a su culpabilidad. Los investigadores, insisten en que ese 4.1 % es de lo más conservador. Por tanto, se podría deducir que de los 1,320 reos ejecutados desde 1977 en territorio estadounidense, alrededor de 50 habrían sido inocentes. Es un cálculo que a cualquiera se le antoja tras conocer dicho porcentaje, pero que los investigadores rechazan porque muchos de los condenados a muerte finalmente no son ejecutados, sino que pasan a otra situación legal, generalmente de cadena perpetua. De este modo, habría un importante grupo de reos inocentes que mueren en la cárcel, en el olvido, sin más verdugo que el paso del tiempo y el propio sistema judicial.

1 Tasa de falsa condena de los acusados condenados a muerte PNAS es una de las revistas científicas multidisciplinarias más citadas e integrales del mundo, que publica más de 3.100 artículos de investigación al año. Establecido en 1914, PNAS publica investigaciones de vanguardia, noticias científicas, Comentarios, Revisiones, Perspectivas, Papeles de Coloquio y acciones de la Academia Nacional de Ciencias. <http://www.pnas.org/content/111/20/7230>

Así y según los datos Amnistía Internacional², en el 2005 fueron ejecutadas al menos 2,148 personas en 22 países y al menos 5,186 fueron condenadas a muerte en 53. Cifras de la misma fuente indican que en 2015, al menos 1,634 personas fueron ejecutadas en 25 países. Esta cantidad supone un notorio incremento, superior al 50 %, respecto al número de ejecuciones registradas en 2014, que alcanzó las 1,061 en 22 países.

Según un estudio realizado en 1987, 350 personas condenadas a muerte en los Estados Unidos por delitos punibles con la pena capital –entre 1900 y 1985– eran inocentes de los cargos que les imputaron. Parte de estas se libraron de ser ejecutadas en el último momento, pero 23 fueron al final ajusticiadas.

Un relato periodístico publicado por la cadena Univisión refiere a un informe del Congreso estadounidense elaborado por el Subcomité de la Cámara sobre Derechos Civiles y Constitucionales, publicado en octubre de 1993, enumeraba los nombres de 48 hombres condenados a muerte que desde 1972 habían salido libres de los “corredores de la muerte” ubicados en las cárceles de aquel país. El informe culpaba de la situación a las inadecuadas salvaguardias legales para evitar ejecuciones erróneas y detallaba numerosas deficiencias inherentes del sistema de justicia penal. El informe concluía así: “A juzgar por la experiencia anterior, un número importante de condenados a muerte son en realidad inocentes, y existe un gran riesgo de que algunos de ellos sean ejecutados”³.

2 Amnistía Internacional, abril de 2006. Índice AI: ACT 50/006/2006 <https://www.amnesty.org/download/Documents/68000/act500062006es.pdf>

3 Según: <https://www.univision.com/los-angeles/kmex/noticias/pena-de-muerte/la-tragedia-de-una-familia-hispana-refleja-el-debate-sobre-la-pena-de-muerte-en-california%3FlayoutType=flex>

Otros datos ilustrativos: en 2017, al menos 23 países de todo el mundo llevaron a cabo ejecuciones y al menos 2,591 personas han sido condenadas a muerte en 53 países durante el 2017, lo que supone un descenso con respecto a las 3,117 de 2016. Además, 993 personas fueron ejecutadas en 2017; sin embargo, no evitamos que los delitos más horribles sigan ocurriendo. En muchos países donde hubo condenas a muerte o ejecuciones, los procedimientos judiciales no cumplían las normas internacionales sobre juicios justos. Tal incumplimiento supuso la obtención de “confesiones” mediante tortura u otros malos tratos; esto sucedió –entre otros lugares– en Estados Unidos, Arabia Saudí, Bahrein, China, Irak e Irán⁴.

En nuestros modelos de justicia, las construcciones mediáticas no colaboran mucho con el argumento que motiva estas líneas.

II. Pero, ¿qué son los derechos humanos?

Los Estados y sus constituciones, leyes, actos administrativos y sentencias judiciales deben someterse a un conjunto de normas superiores que provienen de afuera; es decir, a las normas internacionales que reconocen los derechos humanos y que se incorporan en el derecho interno prevaleciendo jerárquicamente, siendo la persona humana su titular y convirtiéndose en sujeto de derecho internacional ante la jurisdicción internacional cuando el Estado soberano le ha violado sus derechos.

En tal sentido, para aproximarnos a una idea general sobre los derechos humanos, Pedro Nikken señala lo siguiente: “La noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación

4 Según datos de Amnistía Internacional, abril de 2006. Índice AI: ACT 50/006/2006 <https://www.amnesty.org/download/Documents/68000/act500062006es.pdf>

de la dignidad de la persona frente al Estado. El poder público debe ejercerse al servicio del ser humano: no puede ser empleado lícitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es consustancial”⁵”.

Así las cosas, en esta noción general –que sirve como primera aproximación al tema– pueden verse dos notas o extremos cuyo examen un poco más detenido ayudará a precisar el concepto. En primer lugar, se trata de derechos inherentes a la persona humana; en segundo lugar, son derechos que se afirman frente al poder público.

La inherencia procede del latín *inhaerens*, una conjugación del verbo *inhaerere* que significa “permanecer unido”. El concepto se utiliza para nombrar aquello que, debido a sus condiciones naturales, resulta imposible separarlo de algo ya que está unido de una manera indivisible a eso.

En tal sentido, los derechos humanos son aquellos inherentes al ser humano. Esto quiere decir que todas las personas gozan de estos, más allá de cualquier factor particular como su nacionalidad, su religión, su raza, su orientación sexual o su clase social, entre otros. Se trata de derechos que no tienen que ver con la legislación vigente, sino que están vinculados a la condición humana. Además, nadie puede renunciar a estos ni transferirlos.

No se puede separar, por lo tanto, a las personas de sus derechos ya que estas libertades y potestades son inherentes a su ser. Ninguna autoridad puede vulnerar un derecho humano de manera legal o justificada.

5 Nikken Pedro en El Concepto de Derechos Humanos <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/El-concepto-de-derechos-humanos-Pedro-Nikken.pdf>

Asimismo, la internacionalización de los derechos humanos se produjo como consecuencia de la conmoción histórica de la Segunda Guerra Mundial y la creación de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante la ONU).

La magnitud del genocidio y la brutalidad de otros crímenes de lesa humanidad, puso en evidencia que el ejercicio del poder público constituye una actividad peligrosa para la dignidad humana, de modo que su control no debe dejarse a cargo – monopolísticamente– de las instituciones domésticas sino que deben constituirse instancias internacionales para su protección.

Cabe recordar que el preámbulo de la Carta de la ONU reafirma “la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”. El artículo 56 de la misma dispone que todos sus miembros “se comprometen a tomar medidas, conjunta o separadamente en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55”, entre los cuales está “el respeto universal de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos”.

El concepto de derechos humanos, tal como lo conocemos hoy en día, guarda mucha relación con la ONU –fundada en 1945– y con la barbarie de la Segunda Guerra Mundial; después de este conflicto, en 1948, la Asamblea General de la ONU aprobó la DUDH para evitar que los horrores que había sufrido el mundo se repitieran.

Entonces, el reconocimiento de los derechos humanos como atributos inherentes a la persona implica que no son una concesión de la sociedad ni dependen del reconocimiento de un Gobierno. Esto supone que el ejercicio del poder debe sujetarse a ciertas reglas, las cuales deben comprender mecanismos para la protección y garantía de los derechos humanos. Ese conjunto

de reglas que definen el ámbito del poder y lo subordinan a los derechos y atributos inherentes a la dignidad humana, es lo que configura el Estado de derecho.

Los derechos humanos implican obligaciones a cargo del Gobierno que es responsable de respetarlos, garantizarlos o satisfacerlos; por otro lado, en sentido estricto, solo el Gobierno puede violarlos. Las ofensas a la dignidad de la persona pueden tener diversas fuentes, pero no todas configuran –técnicamente– violaciones de derechos humanos.

La nota característica de las violaciones de derechos humanos es que estas se cometen desde el poder público o gracias a los medios que este pone a disposición de quienes lo ejercen. No todo abuso contra una persona ni toda forma de violencia social son técnicamente atentados contra los derechos humanos. Pueden ser crímenes, incluso gravísimos, pero si es la mera obra de particulares no será una violación de derechos humanos.

III. La justicia y el falso dilema entre debido proceso y criminalidad

En buena medida, el problema central de la justicia penal en nuestro tiempo, que se proyecta sobre las contiendas acerca de los derechos humanos, gira en torno al falso dilema entre debido proceso (*due process*) y contención del crimen (*crime control*)⁶.

6 Se enfrentan, “de un lado, la eficacia del sistema penal, concebido como sistema de control de la criminalidad (y del lado opuesto, las garantías procesales (*due process*) transforman el proceso penal en una carrera de obstáculos”. Esto se ha manifestado primero en los Estados Unidos. La “cuestión de las opciones del proceso se refleja en Europa en la oposición entre la eficacia en la investigación de las infracciones y de sus autores, y el respeto de los derechos fundamentales de la persona”, aunque también se ha señalado que ambos extremos pueden ser conciliados en una “bipolaridad del proceso penal”. *Cfr.* Delmas-Marty, Mireille

Esto puede ser advertido en los casos que han sido sometidos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH), en los cuales se aduce la existencia de crímenes gravísimos como motivo para la reacción desbordante del Estado. Desde luego, la Corte IDH ha sostenido que el Estado debe combatir el delito y proteger a la sociedad, pero debe hacerlo con estricta observancia de los principios y las normas del Estado de derecho, respetando siempre los derechos humanos⁷.

Al debate se añade el concepto del “mal menor”, elemento de una tercera postura que pretende conciliar en una especie de “justa media realista” las exigencias extremas –absoluto respeto de los derechos o satisfacción imperiosa de la seguridad– que se plantean en situaciones de crisis. Esa postura, reconoce el carácter intrínsecamente reprochable de ciertas medidas que, en determinadas circunstancias, resultan sin embargo admisibles siempre bajo riguroso escrutinio. Su alcance –se dice– debiera hallarse cuidadosamente acotado: la resistencia a emplearlas y los límites a los que se les somete, derivan de su aceptada condición de medidas “necesarias”, pero “moralmente problemáticas”.

Los temas de debido proceso legal han figurado con gran frecuencia en la jurisprudencia de la Corte IDH, tanto en

(dir.). *Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*, Morenilla Allard, Pablo (trad.), Zaragoza, España, Editorial Eijus, 2000, pp. 40 y 41.

7 La Corte IDH ha sostenido que “está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral”. Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999, Serie C N° 52, párr. 204.

su función contenciosa como consultiva. A final de cuentas, hoy día existe un panorama renovado del debido proceso –en constante revisión y previsión– que se ha visto fuertemente influido por el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia proveniente de los tribunales que tienen a su cargo la interpretación y la aplicación de los tratados sobre esta materia. El debido proceso, bajo alguna expresión que recoge las mismas exigencias –por lo general, *fair trial*⁸ en la versión inglesa de los instrumentos– tiene carta de naturalización en el derecho internacional de los derechos humanos.

Los prejuicios y la utilización política que se ha realizado sobre los derechos fundamentales, suelen echar sobras a algunas de las conquistas que el sistema interamericano de derechos humanos (en adelante el SIDH) ha garantizado para todos. Entre los asuntos en los que más ha influido la jurisprudencia del SIDH pueden mencionarse la invalidez de las amnistías de crímenes de lesa humanidad, el derecho a la verdad de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, la prohibición de censura previa, la despenalización del desacato y la crítica política, los límites y condiciones de la prisión preventiva, la fijación de un plazo razonable para la duración de los procesos penales y civiles, las condiciones para la aplicación de la pena de muerte, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la información.

En la medida en que se fortalezca a las autoridades para actuar con profesionalismo y respeto de los derechos humanos, se garantizará el acceso efectivo a la justicia para las víctimas y se abrirá la posibilidad de reconstruir el tejido social profundamente dañado por la impunidad. Dicho respeto no puede significar la ausencia del Estado de derecho o la paralización de la actividad

8 Juicio justo

jurisdiccional. En definitiva, el respeto de los derechos humanos no significa impunidad.

El sufrimiento de las víctimas, su sentimiento de indefensión y la desesperación por encontrar la justicia se profundizan debido a un conjunto de prejuicios y malos hábitos de los servidores públicos. A la vez, la impunidad se convierte en un obstáculo para hacer valer el derecho a la verdad de toda la sociedad y genera una profunda desconfianza colectiva en las instituciones del Estado.

Modernizar el sistema de impartición de justicia penal argentino, resulta fundamental para que esta le vuelva a dar la cara al ciudadano y se organice de la forma más adecuada para resolver sus conflictos de manera rápida, eficiente, transparente, imparcial, accesible y respetando los derechos fundamentales.

En la actualidad contamos con un sistema penal antiguo y obsoleto, que no resulta efectivo en términos de persecución penal ni respetuoso de los derechos de los imputados ni de las víctimas; tampoco garantiza el derecho fundamental a la seguridad humana de toda la sociedad.

Es necesario agilizar el juzgamiento de los delitos y una aplicación rigurosa de las penas de manera rápida y efectiva a sus responsables, destacando así el rol disuasivo de la justicia a modo de prevención general.

Para conseguir fines tan ambiciosos es importante formularse objetivos que se puedan medir, analizar y evaluar, con participación de la sociedad civil; para ello, resultará útil enumerar algunos de los objetivos más importantes que tendremos que alcanzar con la reforma: reducir los plazos de duración de los procesos, respetar las garantías judiciales de todas las partes,

aumentar la eficacia de la persecución penal mejorando sus resultados y dotar de transparencia al sistema procurando evitar y perseguir la corrupción para –de este modo– hacer aportes en términos de seguridad ciudadana.

A modo de conclusión

Para finalizar debemos volver a indagarnos. Si estos derechos son de todos, si son derechos inherentes al ser humano, vale preguntarnos qué culpa tienen los derechos humanos. La culpa, ¿no la tendremos quienes debemos ejercerlos, darles vida? Con penas severas no parece que corregimos nada. El cambio debe ser cultural y, por supuesto, las penas deben existir; pero debemos realizar nuestros mejores esfuerzos por impulsar un cambio cultural. Porque con el resto de las soluciones ya probamos y fracasamos. La educación impacta directamente en los niños, las niñas, las y los jóvenes sobre la manera de interpretar e imaginar el mundo, comportarse en este y valorar ciertas cosas más que otras. Tal vez ahí encontremos la respuesta para tener adultos que no delincan, que no maten, que no roben; funcionarios eficientes y honestos, hombres y mujeres de bien.

Por último, creo que quizás se le exija mucho a la educación. Pero considero que, en particular en Argentina, esta resultó un formidable motor de progreso y movilidad social. Coincido con Gvirtz⁹ cuando sostiene: “Nuestros sistemas educativos cuentan con un potencial insuficientemente valorado: una sociedad preocupada y una mayoría de docentes y estudiantes que trabajan a pesar de todo”. Tal vez así, podamos cumplir con el preámbulo

9 Gvirtz, Silvina y otras. *La educación ayer, hoy y mañana: el ABC de la pedagogía*, 2ª reimp, Aique Grupo Editor, Buenos Aires, 2009.

de la Constitución de la Nación Argentina en lo relativo a “asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”¹⁰.

10 Preámbulo de la Constitución de la Nación Argentina.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General

(Composición 2018)

Presidencia Honoraria

Thomas Buergenthal
Pedro Nikken
Sonia Picado

Claudio Grossman

Presidente

Wendy Singh
Vicepresidenta

Mónica Pinto
Vicepresidenta

Mayra Alarcón
Carlos M. Ayala Corao
José Antonio Aylwin Oyarzún
Lorena Balardini
Line Bareiro
Lloyd G. Barnett
César Barros Leal
Carlos Basombrío
Eduardo Bertoni
Allan Brewer Carías
Antonio A. Cançado Trindade
Santiago A. Cantón
Douglass Cassel
Margaret Crahan
Suzana Cavenaghi
Ariel E. Dulitzky
Héctor Fix-Zamudio
Robert K. Goldman
María Elena Martínez Salgueiro
Juan E. Méndez
Elizabeth Odio Benito
Nina Pacari
Carlos Portales
Víctor Manuel Rodríguez Rescia
Hernán Salgado Pesantes
Fabián Salvioli
Mitchell A. Seligson
Mark Ungar
José Antonio Viera Gallo
Renato Zerbini Ribeiro Leao

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Margarette May Macaulay
Esmeralda Arosemena de Troitiño
Luis Ernesto Vargas Silva
Francisco Eguiguren Praeli
Joel Hernández García
Antonia Urrejola
Flávia Piovesan

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Eduardo Vio Grossi
Humberto Antonio Sierra Porto
Elizabeth Odio Benito
Eugenio Raúl Zaffaroni
Leoncio Patricio Pazmiño Freire

José Thompson J.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de los Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.

REVISTA **IIDH**

La Revista IIDH es una publicación semestral
del Instituto Interamericano de Derechos Humanos