REVISTA ELECTRÓNICA
IBEROAMERICANA

REIB

2019

Edición especial

CONSEJO DIRECTIVO Y CIENTÍFICO

DIRECCIÓN:
Carlos R. Fernández Liesa
Universidad Carlos III de Madrid

Cástor M. Díaz Barrado
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

SUBDIRECCIÓN:
Anna Badia Martí
Universitat de Barcelona

SECRETARÍA ACADÉMICA:
José Manuel Azcona Pastor
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

Jorge Urbaneja Cillán
Universidad de Alicante

COORDINACIÓN:
Diana Verdiales López
Universidad Rey Juan Carlos

COMITÉ CIENTÍFICO:
Francisco Aldecoa Luzárraga, Universidad Complutense de Madrid
Celeste Pino Canales, Universidad de La Habana (Cuba)
Ana Idalia Castellanos Khouri, Embajadora Cancillería (República Dominicana)
Fernando Dos Reis Condesso, Universidad Técnica de Lisboa (Portugal)
Romualdo Bermejo García, Universidad de León
Francisco José Piñón, Universidad de Congreso (Argentina)
Miryam Colacrai, Universidad Nacional de San Martín y Universidad Nacional de Rosario (Argentina)
João Abreu de Faria Bilhim, Universidad Técnica de Lisboa (Portugal)
Rafael Calduch Cervera, Universidad Complutense de Madrid
Celestino del Arenal Moyua, Universidad Complutense de Madrid
Cesáreo Gutiérrez Espada, Universidad de Murcia
Véronique Champeil-Desplats, Universidad de París Ouest-Nanterre La Défense (Francia)
Felipe González, Universidad Diego Portales (Chile),
Magda Yadira, Universidad de Monterrey (México)
Carlos Molina, Universidad de Medellín (Colombia)
Montserrat Huguet, Universidad Carlos III de Madrid
Francesco Seatzu, Universidad de Cagliari (Italia)

CONSEJO DE REDACCIÓN:
Antonio Pastor Palomar, Vicente Garrido Rebolledo, Maria de los Ángeles Cano Linares, Pilar Trinidad Núñez, Mª Sagrario Morán Blanco, Beatriz Barreiro Carril, Elena C. Díaz Galán, Daniel Oliva Martínez, Mercedes Guinea Llorente, Cristina Pérez Rico, Ana Manero Salvador, Diana Verdiales López

REVISA ELECTRÓNICA IBEROAMERICANA
ISSN: 1988-0618
http://www.urjc.es/ceib

REVISTA ELECTRÓNICA IBEROAMERICANA

REIB

Edición especial.
In Memoriam Fernando Mariño Menéndez

Mayo

2019

La Revista Electrónica Iberoamericana REIB se encuentra indexada en LATINDEX y en las bases de datos ISOC, DICE y La Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT), por sus contenidos de alta calidad científica sobre la realidad iberoamericana y en el contexto de las Ciencias Sociales y Jurídicas.

Edición: Centro de Estudios de Iberoamérica, Universidad Rey Juan Carlos y el Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria de la Universidad Carlos III de Madrid.
Diseño: Centro de Estudios de Iberoamérica, Universidad Rey Juan Carlos.
ISSN: 1988-0618

CENTRO DE ESTUDIOS DE IBEROAMERICA
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS
C/TULIPAN S/N, MÓSTOLES, MADRID

Fernando M. Mariño Menéndez, In Memoriam

El 70 aniversario de la Declaración de Bogotá

Comité Organizador:

Cástor M. Díaz Barrado

Carlos R. Fernández Liesa

Francesco Seatzu

Ana Manero Salvador

Universidad Rey Juan Carlos

Universidad Carlos III de Madrid
Instituto de Estudios Internacionales y Europeos "Francisco de Vitoria"

ÍNDICE

IN MEMORIAM..... 9

I. EL MARCO NORMATIVO: CUESTIONES GENERALES SOBRE LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ

ON THE MEANING AND SCOPE OF INDIVIDUAL HUMAN DUTIES AND OBLIGATIONS IN THE AMERICAN DECLARATION OF THE RIGHTS AND DUTIES OF MAN OF 1948..... 13

Francesco Seatzu

Universidad de Cagliari, Italia

LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE EN BOGOTÁ, 1948: REFLEXIONES SOBRE LA DILIGENCIA DEBIDA EN EL SETENTA ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN AMERICANA 33

Yolanda Gamarra Chopo

Universidad de Zaragoza, España

LA DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE Y LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 63

Francisco Bariffi

Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina

LA DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE Y LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 84

Felipe González Morales

Universidad Diego Portales, Chile

EL STATUS JURÍDICO DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE..... 108

Jorge Antonio Quindimil López

Universidad de A Coruña, España

COMPARACIÓN ENTRE LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ Y LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS 123

Carlos Molina

Universidad de Medellín, Colombia

LA IMPORTANCIA DE LA DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE EN EL SISTEMA INTERAMERICANO Y LA INTERPRETACIÓN QUE DE ELLA REALIZA LA CORTE INTERAMERICANA ... 144

Florabel Quispe Remón

Universidad Carlos III, España

LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ Y LA ARTICULACIÓN NORMATIVA DE LOS DEBERES DEL SER HUMANO 166

Pablo Antonio Fernández-Sánchez

Universidad de Sevilla, España

II. LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ Y LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

NOTAS SOBRE ESPAÑA, AMÉRICA Y LOS DERECHOS HUMANOS 206

Carlos R. Fernández Liesa

Universidad Carlos III, España

LOS DERECHOS POLÍTICOS EN LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ. ESPECIAL REFERENCIA AL VOTO FEMENINO. DE LA LUCHA SUFRAGISTA FEMENINA A LA IGUALDAD EN LA REPRESENTACION PARLAMENTARIA 218

Ana Bettina Casadei

Abogada especialista, Argentina

LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ Y EL MEDIO AMBIENTE 236

Adriana Espinosa González

European Coalition for Corporate Justice, Bélgica

INTEGRACIÓN Y DERECHOS HUMANOS: REFLEXIONES SOBRE INDIGENISMO JURÍDICO Y PUEBLOS INDÍGENAS A LA LUZ DE LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ DE 1948 271

J. Daniel Oliva Martínez

Universidad Carlos III, España

MIGRACIONES Y DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y LOS DEBERES DEL HOMBRE. LA CONTRIBUCIÓN DE LA DECLARACIÓN A LA CONFORMACIÓN DE UN DERECHO INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES 314

Carmen Pérez González

Universidad Carlos III, España

DESAPARICIÓN FORZADA Y SISTEMA INTERAMERICANO. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE VÍCTIMA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 338

Pietro Sferrazza Taibi

Universidad Andrés Bello, Chile

III. EL ANÁLISIS DE LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ

DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE: EL DERECHO A LA VIDA, SEGURIDAD E INTEGRIDAD PERSONAL DE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD 360

Tomas Alonso

Universidad Carlos III, España

LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ Y EL DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY 395

Marta Sosa Navarro

Universidad Carlos III, España

LA DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN A LA HONRA, LA REPUTACIÓN PERSONAL Y LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR 413

Ángela Trujillo del Arco

Universidad Carlos III, España

EL DERECHO A LA CONSTITUCIÓN DE LA FAMILIA Y A SU PROTECCIÓN.... 441

Antonio Cabanillas Sánchez

Universidad Carlos III, España

LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ Y EL EJERCICIO DEL DERECHO DE PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD Y A LA INFANCIA. UN DESAFÍO PARA LA CONVERGENCIA CON EL ENFOQUE DE DESARROLLO HUMANO EN AMÉRICA LATINA 479

Carolina Romano

Universidad Católica de Salta, Argentina.

Universidad de Estudios Internacionales de Xi'an, China

LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ Y EL DERECHO A LA PRESERVACIÓN DE LA SALUD Y EL BIENESTAR 502

José Antonio Musso

Universidad Católica de Santiago del Estero, Argentina

DERECHO AL TRABAJO Y A UNA JUSTA RETRIBUCIÓN EN LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE..... 528

Anastasiya Koroleva

Universidad Carlos III, España

IV. EL SISTEMA INTERAMERICANO ANTE NUEVOS RETOS

LA ESTERILIZACIÓN FORZADA COMO VIOLACIÓN DE LA DECLARACIÓN AMERICANA. LA NECESIDAD DE REVITALIZACIÓN A 70 AÑOS DE SU ADOPCIÓN 558

Antonio Muñoz Aunión

Universidad Autónoma de Chile

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ACTUALES RELACIONES BILATERALES ENTRE LA UNIÓN EUROPEA, SUS ESTADOS MIEMBROS Y LA REPÚBLICA DE CUBA 580

Juan José Martín Arribas

Universidad de Burgos, España

IN MEMORIAM

El presente Número Extraordinario de la Revista Electrónica Iberoamericana[1] (REIB) está dedicado a la memoria del Profesor Fernando M. Mariño Menéndez, internacionalista español y maestro, por su relevante contribución al estudio de los derechos humanos desde la perspectiva del ordenamiento jurídico internacional. Las aportaciones del Profesor Mariño Menéndez, quien falleció en octubre de 2018, al sector concerniente a los derechos humanos en el orden internacional han sido realmente extraordinarias. Estamos en presencia de un académico de altura que dedicó toda su vida a la Universidad, con rigor e intensidad, y que sobresale por su capacidad científica e investigadora en muchos ámbitos del Derecho Internacional, abordando en más de una ocasión aquellos campos que habían recibido una escasa atención por parte de la doctrina internacionalista. En concreto, su obra en materia de derechos humanos se ha proyectado en una doble perspectiva:

Por un lado, ha dejado a investigadores posteriores análisis sólidos y profundos sobre temas que configuran este sector del Derecho internacional contemporáneo. En esta línea destacan, sin duda, los análisis que realizó sobre las cuestiones de las minorías y los refugiados. Así, destacan las aproximaciones conceptuales que hace a la noción de "minoría" en el orden internacional y al concepto de "refugiado" a la luz de los tratados y de la práctica internacional que se ha seguido al efecto. En verdad, los trabajos del profesor Mariño Menéndez desvelan un profundo conocimiento, en términos jurídicos, de realidades bastantes complejas y que era preciso definir con el objeto de determinar el contenido de los derechos que le corresponden a estos grupos humanos. La doctrina internacionalista española, en particular, ha seguido con mucha atención las posiciones expresadas por el eminente jurista y, además, los análisis rigurosos que ha realizado sirven de base para investigaciones ulteriores. Asimismo, sobresalen los trabajos que realizó sobre el derecho de autodeterminación de los pueblos en perspectiva de derechos humanos y los interesantes análisis sobre la protección internacional del medio ambiente en los que siempre adoptó un prisma de la naturaleza del medio ambiente como derecho

[1] Aunque los trabajos contenidos en el presente número han sido solicitados a los autores atendiendo a su prestigio académico, han sido sometidos a un procedimiento de evaluación por pares.

humano. Pero, también, merecen una especial mención los trabajos que realizó, en la última época de su tarea académica, sobre el fenómeno de la tortura y su regulación en el orden internacional. En resumen, la principal aportación del Profesor Mariño Menéndez, no siendo la única, habría que situarla, con seguridad, en el terreno conceptual y con una visión precisa y normativista. La lectura de sus trabajos expresa el profundo conocimiento que adquirió de la realidad jurídica internacional sin prescindir, en modo alguno, del contexto social y de los valores que inspiran y determinan la regulación internacional en materia de derechos humanos.

Por otro lado, el Profesor Mariño Menéndez siempre estuvo comprometido con instituciones, asociaciones y organizaciones nacionales e internacionales que actúan en favor del reconocimiento y respeto de los derechos humanos. Su labor no se limitó a la investigación abstraída de la realidad social sino que, por el contrario, apuntaló los hondos conocimientos que tenía a través de su compromiso personal con este tipo de instituciones y asociaciones. Cabe recordar, a este respecto, su condición de Presidente de la Asociación Pro Derechos Humanos de España que, como se señala en sus Estatutos, tiene como objetivo primordial: "Defender los Derechos Humanos en todas sus vertientes y en todos los lugares, velando por el cumplimiento de los ya proclamados y promoviendo el reconocimiento y garantía de los que todavía no estuvieran reconocidos". En este caso, el Profesor Mariño Menéndez llevó a cabo con integridad las labores de Presidente y contribuyó a reforzar esta Asociación de gran prestigio en el campo de la defensa de los derechos humanos. Asimismo dirigió, durante años, la Cátedra "Concepción Arenal" de protección internacional de personas y grupos vulnerables, creada conjuntamente por la Universidad Carlos III de Madrid y el Ministerio español de Trabajo y Asuntos Sociales y que, en particular, tuvo una importante producción científica que, en la actualidad, forma parte del acervo bibliográfico del Instituto de Estudios Internacionales y Europeos "Francisco de Vitoria" de esta Universidad. Pero, también, conviene destacar su condición de Miembro del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas del que llegó a ser Presidente y que, como se sabe, supone una herramienta idónea para aplicar convenios y normas internacionales destinados a luchar contra esta lacra y, sobre todo, para combatir aquellas prácticas que supongan violaciones de los derechos humanos. En esencia, los conocimientos del Profesor Mariño Menéndez se trasladaron a la sociedad y nunca se mantuvieron encerrados en los límites de la investigación científica. Se trata de una sabia

combinación entre lo académico y la práctica internacional que presidirá toda la obra del Profesor Mariño Menéndez.

Un número de esta revista, dedicado a la celebración del setenta aniversario de la adopción de la Declaración Americana de Derechos Humanos no puede prescindir de este sencillo pero emotivo homenaje a uno de los más significativos internacionalistas españoles y, por ende, iberoamericano, que más han contribuido a difundir y propagar el respeto y la defensa de los derechos humanos en el orden internacional. El Profesor Mariño Menéndez siempre estuvo atento a la evolución y conformación jurídicas de las normas en materia de derechos humanos y lo hizo por vocación y por profesión. La verdad es lo hizo bien y, por ello, merece todo el respeto y todo el agradecimiento. Estas líneas que le dedicamos en este número de la REIB deben interpretarse como una muestra singular de nuestro profundo agradecimiento por su labor y por haber persuadido a las generaciones presentes de internacionalistas en Iberoamérica del valor inmanente del ser humano y, por ende, de la necesidad de adoptar normas e instaurar mecanismos que estén orientadas a reconocer y proteger los derechos humanos.

Cástor Díaz Barrado y Carlos Fernández Liesa.

Directores Revista Electrónica Iberoamericana REIB

I. EL MARCO NORMATIVO: CUESTIONES GENERALES SOBRE LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ

Revista Electrónica Iberoamericana ISSN: 1988 - 0618
http://www.urjc.es/ceib/ Vol. 13, Edición Especial, 2019

ON THE MEANING AND SCOPE OF INDIVIDUAL HUMAN DUTIES AND OBLIGATIONS IN THE AMERICAN DECLARATION OF THE RIGHTS AND DUTIES OF MAN OF 1948

SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LOS DEBERES Y OBLIGACIONES HUMANAS INDIVIDUALES EN LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE DE 1948

Francesco Seatzu[1]

Universidad de Cagliari, Italia

RESUMEN: Cada derecho humano tiene un deber humano correspondiente. La Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre (ADHR), bajo su capítulo II, impone una amplia gama de deberes a los individuos. Evidentemente, podría volverse contenciosa cuando un instrumento jurídico sobre los derechos y libertades fundamentales de las personas les prescribe explícitamente deberes. Después de establecer el escenario para el debate destacando los principales argumentos contra los deberes humanos individuales e indicando el carácter jurídico de los deberes humanos en la ADHR, este trabajo considera críticamente e intenta aclarar el contenido exacto y las condiciones de aplicación de esas obligaciones para los particulares. A modo de conclusión, alega que el capítulo II de la ADHR constituye una adición notable a la agenda internacional de derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: Derechos y libertades fundamentales; deberes y obligaciones humanas individuales; obligaciones perfectas e imperfectas; los derechos humanos de los Estados; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (ADHR) de 1948; Declaración Universal de Derechos Humanos (UDHR) de 1948; dignidad humana; correlación de derechos y deberes; familia, sociedad, comunidad, Estado, Novena Conferencia Internacional de los Estados Americanos; América Latina y Centroamérica; Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (ACHPR).

ABSTRACT: Each human right has a corresponding human duty. The American Declaration of the Rights and Duties of Man (ADHR), under its Chapter II, imposes a

[1] PhD (Not), Full Professor of International and European Union Law, University of Cagliari, Italy.

wide range of duties on individuals. Clearly, it might become contentious when a legal tool on the fundamental rights and liberties of individuals explicitly prescribes duties on them. After setting the scene for debate by highlighting the main arguments against individual human duties and indicating the legal character of human duties in the ADHR, this work critically considers and tries to clarify the exact content and conditions of implementation of those duties for individuals. By way of conclusion, it claims that Chapter II of the ADHR constitutes a noteworthy addition to the international human rights agenda.

KEYWORDS: Fundamental rights and freedoms; individual human duties and obligations; perfect and imperfect obligations; states' human duties; American Declaration of the Rights and Duties of Man (ADHR) of 1948; Universal Declaration of Human Rights (UDHR) of 1948; human dignity; correlation of rights and duties; family; society; community; State; the Ninth International Conference of American States; Latin and Central America; The African Charter on Human and Peoples' Rights (ACHPR).

SUMMARY**:** 1. INTRODUCTORY REMARKS. 2. HUMAN DUTIES AND OBLIGATIONS UNDER INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW. 3. A CRITICAL DISCUSSION OF THE ARGUMENTS AGAINST INDIVIDUAL HUMAN DUTIES AND OBLIGATIONS. 4. THE CORRELATIVITY BETWEEN HUMAN RIGHTS AND HUMAN DUTIES AND OBLIGATIONS. 5. THE LEGAL CHARTER OF THE DUTIES AND RIGHTS IN THE ADHR. 6. IMPLEMENTATION OF THE HUMAN DUTIES AND OBLIGATIONS. 7. FINAL REMARKS.

* * *

I. INTRODUCTORY REMARKS.

The American Declaration of the Rights and Duties of Man of 1948 (hereinafter 'ADHR' or the 'Declaration'),[2] the first international expression of human rights

[2] Inter-American Commission on Human Rights (IACHR), American Declaration of the Rights and Duties of Man, 2 May 1948, available at: https://www.refworld.org/docid/3ae6b3710.html [accessed 21 February 2019]. See generally Thomas Buergenthal, 'La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos' (1989) 35 *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número especial en conmemoración del 40° aniversario de la DADH, 1989.

principles,[3] presents several peculiarities compared to other international[4] and to some regional human rights instruments like the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) and the European Social Charter (ESC),[5] of which the most noteworthty are perhaps the protection of both civil and political and economic, social and cultural rights[6] and the extensive references to and the elaboration on individual human duties and obligations.[7] While a number of legal writers have mostly drawn attention the protection of socio-economic rights,[8] there has been little

Christina M. Cerna, 'Reflections on the Normative Status of the American Declaration of the Rights and Duties of Man' (2009) 30 *University of Pennsylvania Journal of International Law*, p. 1211-1237; Mrak E. Wojcik, 'Using international human rights law to advance queer rights: a case study for the American declaration of the Rights and Duties of Man' (1994) 55 *Ohio State Law Journal*, pp. 649-664.

[3] See e.g. Claudio Grossman, 'American Declaration on the Rights and Duties of Man and The Inter-American Commission on Human Rights', in Rudolf Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford: OUP, 2010), online edition [www.mpepil.com]; Antonio Augusto Cancado Trindade, 'The Inter-American Human Rights System at the Dawn of the New Century: Recommendations for Improvemen of its Mechanism of Protection', in David J. Harris and Stephen Livingstone (eds.), *The Inter-American System of Human Rights* (Oxford: OUP, 1998), pp. 395-96. See also Carlos R. Fernández Liesa, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en perspectiva histórica* (Navarra: Civitas Thomson Reuters, 2013), p. 12 ff.

[4] The major human rights instruments include the trilogy of documents commonly referred to as the International Bill of Rights: (a) the 1948 Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (II), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948) [hereinafter UDHR]; (b) the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. Res. 2200 A(XXI), U.N. GAOR, 21st Sess., Supp. No. 16, at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966) [hereinafter ICCPR, what many call the Bible of the human rights movement; and (iii) the 1966 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, G.A. Res. 2200 A(XXI), U.N. GAOR, 21st Sess., Supp. No. 16, at 49, U.N. Doc. A/6316 (1966) [hereinafter ICESCR]. The last two instruments entered into force in 1976.

[5] The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221 (1995); and the European Social Charter, Oct. 18, 1961,529 U.N.TS. 89 (1965), which forms the basis for the European human rights system. See generally Petrus van Dijk, Godefridus J. H. van Hoof, Arie Bernardus van Rijn, Leo F. Zwaak (eds.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights* (Cambridge: Intersentia, 2018); Ergec Rusen, Jacques Velu, *Convention européenne des droits de l'homme* (Cork: Primento Digital Publishing, 2014); Javier García Roca y Pablo Santolaya (Coordinadores), *La Europa de los Derechos Humanos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (Madrid: Ius Et Praxis, 2005), pp. 315-326.

[6] Civil and political rights, the staple of the human rights movement, have been usually referred to as "first generation" rights, while economic, cultural, and social rights, are called "second generation" rights. On the notion of 'generations' of human rights, see e.g. Fausto Pocar, 'Some Thoughts on the Universal Declaration of Human Rights and the Generations of Human Rights' (2015) 10 *Intercultural Human Rights Law Review*, pp. 43-54; Marjoleine Yolanthe Ariane Zieck, 'The concept of "generations" of human rights and the right to benefit from the common heritage of mankind with reference to extraterrestrial realms' (1992) 25 *Verfassung und Recht in Übersee*, pp. 161-198.

[7] See e.g. Douglas Hodgson, *Individual Duty within a Human Rights Discourse* (London: Taylor and Francis, 2017). International Council on Human Rights Policy, *Taking duties seriously: Individual duties in international human rights law: A Commentary* (Switzerland: Versoix, 1999).

[8] See e.g. Christina M. Cerna, above n. 1, p. 1211 ff; Mrak E. Wojcik, above n. 1, p. 649 ff. See also Marco Gerardo Monroy Cabra, 'Aplicación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos' (1989) 6 *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Número especial en conmemoración del 40° aniversario de la DADDH*, pp. 131-132; Pedro Nikken, 'La Declaración Universal y la Declaración Americana. La Formación del Moderno Derecho Internacional de los Derechos Humanos' (1989) 6 Revista *Instituto Interamericano de DD.HH*., p. 86 ff. See also Damián A. González-Salzberg, 'Economic and social rights within the Inter-American

discussion about the notion of individual human obligations and duties in the context of the ADHR.[9] A deep understanding of the meaning of the fundamental rights and freedoms encompassed in the Declaration, and the processes through which they are protected, would be deemed necessary in order to explain the link between the notions of fundamental rights and duties upon the individuals. Individual human rights cannot make any sense in a vacuum, devoid of the duties imposed upon the individuals.[10] Indeed, this is true not only in the African continent[11], but also in any other continent of the world. This work aims at filling this gap, by focusing on the human duties and obligations upon individuals to which the entire second Chapter of the Declaration (Articles XXIX to XXXVIII) is dedicated.

The ADHR was intended by its drafters as a regional human rights instrument for the people of the Americas that should take into account the Latin American's perception of individual human rights as collective in their dimension, alias as requiring for their recognition, their mode of exercise and their means of protection a collective process that demands the intervention of other individuals, groups, and communities in accordance with the general principle of the correlation of rights and duties. The logic behind this principle as elaborated upon by the Brazilian jurist Dunshee de Abranches is that rights and duties should work together as a means towards the achievement of universal respect for and promotion of human dignity.[12] However, this does not mean, however, that every

Human Rights System: thinking new strategies for obtaining judicial protection' (2011) 18 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, pp. 117-154.

[9] But see Paolo G. Carozza., 'From conquest to constitutions: Retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights' (2003) 25 *Human Rights Quarterly*, pp. 286-287; Thomas genthal, *International Human Rights in a Nutshell* (St Paul, Minnesota, 1995), p. 178 ff.

[10] See e.g. Georg Lohmann, 'Individual Human Rights and Obligations Towards Communities' (2015) 8 J *Fudan Journal of the Humanities and Social Sciences*, pp 387–399; Jean Thomas, 'Our Rights, but whose Duties?: Re-conceptualizing Rights in the Era of Globalization', in *Boundaries of state, boundaries of rights : human rights, private actors, and positive obligations* (Cambridge: CUP, 2016), pp. 6-24; Jordan Paust, 'The Other Side of Right: Private Duties Under Human Rights Law' (1992) 5 *Harv. Hum. Rts. J.*, pp. 51-63.

[11] See e.g. B. Obinna Okere, 'The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter on Human and Peoples' Rights: A Comparative Analysis with the European and American Systems' (1984) 6 *Human Rights Quarterly*, pp. 141-59.

[12] See C.A. Dunshee de Abranches, 'Estudio comparativo entre los pactos de las Naciones Unidas sobre derechos civiles, politicos, economicos, sociales y culturales y los proyectos de convencion interamericana sobre derechos humanos' (1973) 1 *Anuario interamericano de derechos humanos = Inter-american yearbook on human rights*, pp. 168-212. For further references on this issue, see e.g. Nickel, J. W. 'How human rights generate duties to protect and provide' (1993) *Human Rights Quarterly*, pp. 15, 77-86; Monica Pinto, 'Remarks on the Role of the Inter American Commission of Human Rights in the Protection of Human Rights: Achievements and Contemporary Challenges', in Christina M. Cerna (ed.), *Regional Human Rights Systems*, vol 5 (Abingdon: Ashgate publishing, 2014), ch. 8.

right or freedom implies a correlated duty and every duty implies a right or a freedom.[13] In fact, there are several duties regarding individuals, also in the text of the Declaration, which are not duties on those individuals.[14] In the same vein, individuals may have rights and freedoms which are not rights and freedoms against anyone in particular.[15] Counterpart duties may either be positive or negative; positive when they prescribe a duty to act in such a manner as to realize somebody's right (this is normally associated with social, economic and cultural rights).[16] They are negative when they require of someone to refrain from doing something, as it is generally the case with civil and political rights.[17]

Several reasons can be put forward to explain the choice of this peculiar setting for the Declaration. The main one is the Latin American's historial leadership in the drafting of the ADHR, as documented and acknowledged in particular by Mary Glendon, who also pointed out the strong contribution given by the Latin American delegates to the drafting of the UDHR and to the insertion and formulation of the references to human rights in the United Nations Charter.[18] Closely related to this, is the Latin American's long and notable history of receptivity to socialist thought that goes back to the nineteenth century.[19] Reference should be made here, in particular, to the impact of the socialist ideas of Claude Henri de Saint-Simon (1790–1825) and Charles Fourier (1772–1873) that are clearly visible in the political treatise *Dogma Socialista* of Esteban Echevarría (1805–1851)[20] and which later culminated in the Argentine Constitution of 1853.[21] Another possible concurrent explanation is that by identifying the 'duty-holders' to be both

---

[13] See also Ralph Beddard, 'Duties of individuals under international and regional human rights instruments' (1999) 3 *The International Journal of Human Rights*, pp. 46-47.

[14] See Eva Brems, *Human Rights: Universality and Diversity* (Boston: Martinus Nijhoof, 2002) p. 574 ff. See also M. Malilla, *The Place of Individuals' Duties in International Human Rights Law* (University of Pretoria: PhD thesis, 2017), available at: https://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/60063/Malila_Place_2017.pdf who, in relation to the ACHR, stresses that duties in the African model go further than merely correlative rights.

[15] See Eric R. Boot, *Human Duties and the Limits of Human Rights Discourse* (Amsterdam: Springer, 2017), p. 34 ff.

[16] On the meaning of the distinction between positive and negative duties correlative to human rights, see recently Marinella Capriati, 'The Universal Scope of Positive Duties Correlative to Human Rights' (2018) 30 *Utilitas*, available at: https://philpapers.org/rec/CAPTUS

[17] See Marinella Capriati, op. ult. cit.

[18] See Mary Ann Glendon, 'The Forgotten Crucible: The Latin American Influence on the Universal Human Rights Idea' (2003) 16 *Harvard Human Rights Journal*, pp. 30-31; Thomas Buergenthal, 'The Revised OAS Charter and the Protection of Human Rights' (1975) 69 *AJIL*, p. 828 ff.

[19] References are found in Steven Levitsky, Kenneth M. Roberts (eds.). *The Resurgence of the Latin American Left* (Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2011), p. 36 ff.

[20] See *Argentina's Constitution of 1853, Reinstated in 1983, with Amendments through 1994*, available at: https://www.constituteproject.org/constitution/Argentina_1994.pdf?lang=en

[21] For further informations on this issue, see e.g. Sheldon B. Liss, *Marxist Thought in Latin America* (Berkeley: University of California Press, 1984), p. 47 ss.

individuals and the community as the Declaration does in its second Chapter, the enforcement of duties and obligations is potentially enhanced. In fact, whilst the State acts as the mediator and enforcer of such individual and community obligations and duties,[22] even where a State does not operate effectively, obligations and duties remain in existence. The reason behind this is that human rights neeed constant reference to individual responsibility for their implementation.[23] A fourth explanation is that whereas the 'rights' system is ideal for questions of freedoms, the 'duty-based system has advantages for the provision of benefits given that each state accepts the human rights of individuals only in parallel with its responsibility to the community at large.[24] A fifth related explanation could be based on the idea shared by most drafters of the Declaration, in particular by the Latin American delegates at the Ninth International Conference of American States where the ADHR was negotiated,[25] that the welfare of the community, family and state are of paramount importance and should be explicitly protected, although without precedence over the individual's own needs.[26] Finally, a last explanation is that, given the existence of the general principle of correlation of duties and rights, duties constitute a valid way of interpreting rights.[27]

The Preamble of the Declaration stresses the rights and freedoms of the individual as an individual in her own right and also as an individual pertaining to the community. The pre-eminence of the individual person and her rights prevails in the declaration to a substantial level, however, at the same time it is further assured through the prescription of duties and obligations on other members of the community and society. According to

---

[22] Amplius, see Umozurike, 'The African Charter on Human and Peoples' Rights' (1983) 77 *AJIL*, p. 902, noting that States have a responsibility to inculcate the underlying principles and ideals in their subjects.

[23] See Eric R. Boot, above n. 12, p. 47.

[24] See e.g. Douglas Hodgson, above n. 6, p. 120 ff. See also Annemarie Devereux, 'Should 'Duties' Play a Larger Role in Human Rights? - A Critique of Western Liberal and African Human Rights Jurisprudence' (1995) 18 *UNSW Law Journal*, p. 464, stressing that a duty-system properly founded in conceptions of 'human dignity' could equally foster a sense of self-worth in recipients and lead to greater compliance in terms of provision of benefits.

[25] See Jr Woerner, Frederick Frank, *A History of the Ninth Inter-American Conference. Bogotá, Colombia* (Arizona, The University of Arizona, 1965), p. 27. See also Charles G. Fenwick, The Ninth International Conference of American States (1948) 42 *AJIL*, p. 554 ff.

[26] See Álvaro Paúl, 'The Travaux Préparatoires of the American Declaration on the Rights and Duties of Man, and the Remote Origin of the Inter-American Court (Los Trabajos Preparatorios De La Declaración Americana De Los Derechos Y Deberes Del Hombre Y Del Origen Remoto De La Corte Interamericana)' (2017) *UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas, available* at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3076460

[27] Amplius, see Denis j. Hilton, Laetitia Charalambides & Stéphanie Hoareau-Blanchet, 'Reasoning about rights and duties: mental models, world knowledge and pragmatic interpretation' (2016) 22 *Thinking & Reasoning*, available at: https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13546783.2015.1076520?journalCode=ptar20

paragraph two of the Preamble to the ADHR 'the fulfillment of duty by each individual is a prerequisite to the rights of all'.

II. INDIVIDUAL HUMAN DUTIES AND OBLIGATIONS UNDER INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW.

The ADHR is the first (but not the only) human rights instrument that focuses on individual human rights duties and obligations. Other human rights instuments such as the African Charter on Human and Peoples' Rights (also known as the 'Banjul Charter'),[28] the African Charter on the Rights and Welfare of the Child[29] and the Universal Declaration of Human Rights (UDHR),[30] as well as the American Convention on Human Rights (ACHR),[31] the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)[32] and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)[33] - the latter two only in their preambles - each of them refers, to a different extent, to the human rights, duties and obligations of individuals. Moreover, references to human rights, duties and obligations are of course mostly present in other human rights instruments such as the Universal Declaration of Human Responsibilities (UDHRe)[34], the Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms [35] and the

[28] Organization of African Unity (OAU), African Charter on Human and Peoples' Rights ("Banjul Charter"), 27 June 1981, CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), available at: https://www.refworld.org/docid/3ae6b3630.html [accessed 22 February 2019].
[29] Organization of African Unity (OAU), African Charter on the Rights and Welfare of the Child, 11 July 1990, CAB/LEG/24.9/49 (1990), available at: https://www.refworld.org/docid/3ae6b38c18.html [accessed 22 February 2019].
[30] UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, 217 A (III), available at: https://www.refworld.org/docid/3ae6b3712c.html [accessed 22 February 2019].
[31] Organization of American States (OAS), American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose", Costa Rica, 22 November 1969, available at: https://www.refworld.org/docid/3ae6b36510.html [accessed 22 February 2019].
[32] Organization of American States (OAS), American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose", Costa Rica, 22 November 1969, available at: https://www.refworld.org/docid/3ae6b36510.html [accessed 22 February 2019].
[33] UN General Assembly, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 993, p. 3, available at: https://www.refworld.org/docid/3ae6b36c0.html [accessed 22 February 2019].
[34] UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171, available at: https://www.refworld.org/docid/3ae6b3aa0.html [accessed 22 February 2019].
[35] UN General Assembly, Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms :

Declaration Toward a Global Ethic[36], generally known as human duties declarations that exclusively encompass human rights duties and obligations upon private individuals and institutions.

The realization that the life of man gains meaning within a human community has strongly influenced the wording of Article 27 of the Banjul Charter that provides that 'the rights and freedoms of each individual shall be exercised with due regard to the rights of others, collective security, morality and common interest'.[37] Article 28 of the same Charter provides that 'Every individual shall have the duty to respect and consider his fellow beings without discrimination, and to maintain relations aimed at promoting, safeguarding and reinforcing mutual respect and tolerance'.

The subsequent Article 29 further stresses the strong connection between the individual and his/her community and thus states that every individual ' … shall have the duty *to* preserve the harmonious development of the family … work for the cohesion and respect of the family *and* his parents at all times, *and work to* maintain them in case of need'. Again in Article 29 of the Banjul Charter the individual in the enjoyment of his rights and freedoms is subject to the general duty to 'preserve and strengthen social and national solidarity, particularly when the latter is strengthened'.

In his contribution on the meaning and language of human rights duties under the Banjul Charter, Makau wa Mutua explained that the series of explicit duties and obligations spelled out in Articles 27 – 29 of the African Charter 'provide a new basis for individual identification with compatriots, the community, and the state'.[38] Indeed, as the author recognizes, these duties and obligations '… represent a rejection of the individual 'who is utterly free and utterly irresponsible and opposed to society'.[39] Equally importantly, they represent the quintessence of the formulation of rights in pre-colonial African societies.[40]

---

resolution / adopted by the General Assembly, 8 March 1999, A/RES/53/144, available at: https://www.refworld.org/docid/3b00f54c14.html [accessed 22 February 2019].

[36] Parliament of the World's Religions, Declaration Toward a Global Ethic, available at: https://parliamentofreligions.org/pwr_resources/_includes/FCKcontent/File/TowardsAGlobalEthic.pdf

[37] On the subject, see also J Sloth-Nielsen and BD Mezmur, 'A Dutiful Child: The Implications of Article 31 of the African Children's Charter' (2008) 52 *Journal of African Law*, pp. 159-189.

[38] See Makau w. Mutua, The Banjul Charter and the African Cultural Fingerprint: An Evaluation of the Language of Duties, 35 *Va. J. Int'l L.*, p. 368.

[39] Ibidem.

[40] See Paolo G. Carozza, abve n. 8, p. 178 ff ; Timothy Fernyhough, 'Human Rights and Precolonial Africa', in Ronald Cohen et al. (eds.), *Human Rights and Governance in Africa* (University Press of Florida,

The Banjul Charter does not always formulate the said obligations and duties of the individual in operative terms, leaving it to the State to operationalize the obligations and duties.[41] In the formulation of such obligations and duties, restrictions will be imposed on the freedoms and rights of individuals. Nevertheless, in the introduction of such restrictions certain restraints are expected on the part of the State, even though the Banjul Chater – unlike the UDHR - does not explicitly provide that in the exercise of his freedoms and rights, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law, exclusively for the purpose of securing due respect and recognition for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society.[42]

The American Convention on Human Rights (ACHR)[43] provides, in terms analogous to the UDHR, that 'The rights of each person are limited by the rights of others, by the security of all, and by the just demands of the general welfare in a democratic society'.[44]

Similarly, the ADHR in Article XXVIII states that 'The rights of man are limited by the rights of others, by the security of all, and by the just demands of the general welfare and the advancement of democracy'.[45] As its language suggests, Article XXVIII is a provision that can have an impact in practice given that it imposes the duty upon the State, for the purpose of reserving limitations on rights, to take into consideration the

1993), p. 39 ff. See also Isaac Niguema, 'Droits de l'homme et droit traditional en Afrique: pourquoi faire?', in *Karel Vasak amicorum liber: les droits de l' homme à l'aube du XXIe siècle = los derechos humanos ante el siglo XXI = human rights at the dawn of the twenty-first century* (Bruxelles: Bruylant, 1999), p. 671 ff.

[41] See Makau w. Mutua, above n. 35, p. 368. See also Nsongurua J. Udombana, 'Between promise and performance: revisiting states' obligations under the African Human Rights Charter' (2004) 40 *Stan. J. Int'l L.*, pp. 105-142.

[42] Article 29 of the UDHR provides that 'Everyone has duties to the community in which alone the free and full development of his personality is possible.In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society…'.

[43] Organization of American States (OAS), American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose", Costa Rica, 22 November 1969, available at: https://www.refworld.org/docid/3ae6b36510.html [accessed 28 February 2019].

[44] Article 32, para. 2 of the ACHR.

[45] See also the preamble of the ADHR that states that: 'The fulfilment of duty by each individual is a prerequisite to the rights of all'.

accepted rules and standards in democratic societies as they are found in many other international human rights instruments.[46]

III. A CRITICAL DISCUSSION OF THE ARGUMENTS AGAINST INDIVIDUAL HUMAN DUTIES AND OBLIGATIONS.

Private individuals and corporations frequently carry human rights duties and obligations complementarily, notwithstanding that international human rights instruments generally still only acknowledge duties and obligations upon States. [47] Using the fundamental right to life as an example, John Knox observed that:

'*it has become apparent* that *several human rights, like* the right to life would be of little consequence if it did not give rise to the correlative dut*ies*, the duty not take an innocent life *in the case of the right to life*.'[48]

Both the individual and the corporation have ceased to be only the bearers of rights, but rather have become the bearers of rights, duties and obligations.[49] The apprehension of correlating human rights with individual human duties and obligations was perceived by Professor Thomas Burgenthal as an invitation for the introduction of the unlimited restricting on enjoyment of fundamental freedoms and rights.[50] Ben Saul,[51] Okoth-Ogendo,[52] Rhoda Howard and Jack Donnelly also doubt the subjection of human rights to individual human duties[53] given that 'all duties will be aimed towards the

---

[46] See Mohamed Elewa Badar, 'Basic principles governing limitations on individual rights and freedoms in human rights instruments' (2003) 7 *The International Journal of Human Rights*, p. 63 ff. See also Jorgelina Alimenti, 'Captive Audience Speech: Argentina' (2007-2008) 29 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.*, p. 71 ff.

[47] See *ex multis* Ivar Kolstad, 'Human Rights and Assigned Duties: Implications for Corporations', available at: https://core.ac.uk/download/pdf/59167859.pdf

[48] See John H. Knox, 'Horizontal Human Rights Law ', (2008) 102 *AJIL*, p. 2 ff.

[49] See Samantha Besson, 'The Bearers of Human Rights Duties and Responsibilities for Human Rights – A Quiet (R) Evolution' (2015) 32 *Social Philosophy & Policy*, pp. 244-68.

[50] See Thomas Buergenthal, supra note 8, p. 178.

[51] See Ben Saul, 'In the Shadow of Human Rights: Human Duties, Obligations, and Responsibilities '(2000-2001) 32 *Colum. Hum. Rts. L. Rev*., p. 565 ff., stressing that rights are threatened if duties and responsibilities are codified at international level.

[52] See Thomas Buergenthal, above n. 8, p. 178.

[53] See Rhoda Howard, Jack Donnelly, *International Handbook of Human Rights* (London: Greenwood Pub Group, 1987), p. 25 ff. See also Amnesty International, Muddying the Waters: The Draft " Universal Declaration of Human Responsibilities"—No Complement to Human Rights, available at: https://www.amnesty.org/en/documents/ior40/002/1998/en/; K. Suter, 'The Quest for Human Responsibilities to Complement Human Rights' (2010) 26 *Medicine, Conflict and Survival*, pp. 199-206.

preservation of the state and of the interests of those who control it'.[54] While all four agree that duty towards the state may be easily manipulated and turned into an authoritarian rule, Howard and Donnelly raise the interesting points that the idea of rights being subject to individual obligations and duties is admissible in the case of 'non-state societies in which each person fulfills his roles along with others, all of the roles together creating a close-knit tradition bound group'.[55]

These and other fears have been addressed by other authors, in particular by Makau wa Mutua in his masterpiece work 'The Banjul Charter and the African Cultural Fingerprint: An Evaluation of the Language of Duties'.[56] In this author's words, 'there is nothing inherently sinister about *the series of explicit duties and obligations spelled out in Articles 27 through 29 of the African Charter, as they* merely repeat dut*ies* formerly imposed on members of pre-colonial communities'.[57] Following a similar line of reasoning, Annemarie Devereux observed in more general terms that 'emphasis on *human* duty means that the provider's and recipient's interests coincide, whereas an emphasis on 'rights' implies competition and antagonism'.[58]

Note must be taken to the fact that Makau wa Mutua, inspired by Joseph Raz, added the caveat.[59] that 'using duties enables some communal goods to be recognized which cannot easily be reduced to a matter of rights …', [60] and that '… even some rights (e.g. to support) are put in the form of duties - e.g. duty to maintain one's children and the duty to pay taxation', confirming the conclusion that duties may in fact be more enforceable than 'rights', even where the two are correlative'.[61]

---

[54] See Thomas genthal, supra note 8, p. 178 ff.
[55] See R. E. Howard and J. Donnelly (eds.), *International Handbook of Human Rights* (New York, Greenwood Press, 1987), p. 25 ff.
[56] See Makau W. Mutua, 'The Banjul Charter and the African Cultural Fingerprint: An Evaluation of the Language of Duties' (1995) 35 *Va. J. Int'l L.*, p. 339.
[57] Ibidem, p. 368.
[58] See Annemarie Devereux, above n. 21, p. 464 ff.
[59] See Joseph Raz, 'Rights-Based Morality', in Jeremy Waldron (ed.), *Theories of Rights* (Oxford: OUP, 1985), pp. 183-84.
[60] See Annemarie Devereux, above n. 21, p. 481.
[61] Ibidem.

IV. THE CORRELATIVITY BETWEEN HUMAN RIGHTS AND HUMAN DUTIES AND OBLIGATIONS.

It was a common perception amongst the drafters of the ADHR that, when living in a community, the rights necessarily entail obligations and duties.[62] This is precisely why it has been inserted in the Preamble to the Declaration that 'the right of one implies the correlative duty of others to respect it' and also that '*the* rights and duties are interrelated in every social and political activity of man'. If that is correct, the converse must also be correct: a duty exists because somebody has a right that should be respected. While this perception can be criticized as being too rigid and mechanical, it offers a practical, straightforward way of identifying and outlining the correlative relationship between human rights and human duties.

In their intention to furnish a clear-cut understanding and easy recognition of the protected human rights and prescribed human obligations and duties, the drafters of the ADHR kept the first ones neatly separated from the latter. In fact, while Chapter one of the Declaration is entirely focused on the rights and freedoms, Chapter two deals exclusively with human duties and obligations. Although it is not unreasonable to maintain that the State can be considered a duty-carrier, the individual is the main duty-holder under Chapter two of the ADHR.

The obligations and duties under Chapter II of the Declaration are obligations and duties of the individual as is explicitly indicated throughout this Chapter; however it remains unclear who are the rights holders vis-a-vis the obligations and duties of the individual encompassed in Chapter two of the Declaration.

[62] See e.g. Marit Hovdal Moan, 'Justifying Claims of State Responsibility to Meet the Needs of Irregular Migrants', in Jennifer Gunning, Søren Holm (eds.), *Ethics, Law, and Society*, t. IV, (Burlington: Ashgate, 2005), p. 327 ff; Marie-Luisa Frick, *Human Rights and Relative Universalism* (Cham: Palgrave Macmillan, 2019), p. 72; Liora Lazarus, Benjamin Goold, Rajendra Desai and Qudsi Rasheed, *The relationship between rights and responsibilities* (2009) 18 *Ministry of Justice Research Series*, available at: https://www.matrixlaw.co.uk/wp-content/uploads/2016/03/23_11_2010_05_42_34_research-rights-responsibilities.pdf See also William N. Eskridge, Jr., 'Relationship between Obligations and Rights of Citizens' (2001) 69 *Fordham L. Rev.*, p. 1721 ff.

Yet it has nevertheless been held that the obligations and duties in the Declaration are addressed at the family or the community rather than the State.[63] The terse language used in Chapter II, if applied literaly, confirms this conclusion.

The Declaration points out to the individual, her human obligations and duties towards the society, the family and the State. The individual is under an obligation to conduct himself/herself in relation to other human beings so that to guarantee that each and every one can fully form and develop his personality (Article XXIX). The individual is under a duty to aid, support, protect and educate his minor children (Article XXX); children are under a duty to respect their parents under any and every circumstance and to help, support and defend them when it is indispensable (Article XXX); the individual should place his physical and intellectual abilities at the service of the community (Article XXXVII); every able-bodied individual is under a duty to render whatever civil and military service his country may require for its defense, and, in case of public disaster, to render such services as may be in his power (Article XXXIV); every able-bodied individual is also under a duty to hold any public office to which she may be elected by popular vote in the state of which she is a national (Article XXXIV); taxes should be paid (Article XXXVI); every person is under the obligation to obey the law and other legitimate commands of the authorities of his country and those of the country in which she may be residing (Article XXXIII); every person has the duty to cooperate with the state and the community with respect to social security and welfare, in accordance with her ability and with existing circumstances (Article XXXV). To some extent the focus on social security, welfare and national security might be used to establish a duty relationship between the State and the individual. In fact, Articles XXIX to XXXVIII encompass some basic concerns for American countries that (with few exceptions) were lacking generalized social security schemes, and therefore relied on self-help programmes. At the same time it stresses the related to the safeguarding of social security concern, namely that it should lead to the development and well-being of individuals.[64]

The strong relationship between the individual or the community or the family derived from the mutually acknowledged relationship between the community and the

[63] Amplius, see Christina M. Cerna, 'Reflections on the Normative Status of the American Declaration of the Rights and Duties of Man' (2008-2009) 30 *U. Pa. J. Int'l L.*, p. 1211 ff.

[64] Article XVI of the ADHR reads as follows: 'Every person has the right to social security which will protect him from the consequences of unemployment, old age, and any disabilities arising from causes beyond his control that make it physically or mentally impossible for him to earn a living'.

individual. The said relationship has been elucidated by Gustavo Carlo, Silvia Koller, Marcela Raffaelli and Maria Rosario de Guzman as follows:

One of the hallmark characteristics of many Latino societies is their strong collectivist orientation that is reflected inter alia in familism and attachment and loyalty to one's family and community.[65]

Duties in the ADHR thus do not meaninglessly signify obedience to the family or the community, but they are a product of Latin American customs and values in a human rights document.

This interrelationship between human rights and human duties and obligations has become a distinct character of the constitutional charters of various countries, including Latin American countries like Cuba, Venezuela, the Dominican Republic, Mexico and Costa Rica,. with the State progressively being identified as a beneficiary of obligations and duties.[66] The survey of a few of such constitutional provisions demonstrates that the language and content of obligations and duties are similar to the language and content of the obligations and duties of the individuals in the ADHR. The insertion of these obligations and duties into the constitutions derived from the conviction that the enjoyment of fundamental freedoms and rights cannot be separated from human obligations and duties. The rationale is indirectly indicated, by way of example, in Article 75 of the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela of 1999 that stipulates: 'Family relationships are based on equality of rights and duties, solidarity, common effort, mutual understanding and reciprocal respect among family members'.[67] A similar language has been used, mutatis mutandis, in Article 90 of Costa Rica's Constitution of 1949.[68] The individual is thus correspondingly obliged to accomplish a set of obligations and duties that are intended to be vital to the life of the nation to which the individual belongs.

---

[65] See Gustavo Carlo, Silvia Koller, Marcela Raffaelli and Maria Rosario de Guzman, 'Culture-Related Strengths Among Latin American Families: A Case Study of Brazil' (2007) 3 *Faculty Publications, Department of Child, Youth, and Family Studies*, p. 64 ff.

[66] This list is a brief survey of a number of countries that include specific duties in their constitutional texts. It is based on a more comprehensive study undertaken by Douglas Hodgson, *Individual Duty within a Human Rights Discourse* (Abingdon: Routledge, 2003), p. 10 ff.

[67] The English text of the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela of 1999 is available at: https://www.constituteproject.org/constitution/Venezuela_2009.pdf

[68] Article 90 of the Costa Rica's Constitution of 1949 reads as follow: 'Citizenship is the set of political rights and duties that correspond to the Costa Ricans older than eighteen years of age'.

The subsequent obligations and duties upon the individual from the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela might be deduced from the constituions of several other Latin American countries:

- duty to be active participants in the development process;
- respect the rights and freedoms of others;
- promote democracy;
- further the national interest;
- duty to pay taxes;
- duty to strenghthen solidarity.

It would appear thus that the constitutional provisions have expanded the scope of application of the duty upon the State.

V. THE LEGAL CHARACTER OF THE DUTIES AND RIGHTS IN THE ADHR

Unlike the UNDHR the ADHR and ACHR encompass large range of obligations and duties of the individual. Article XXIX, XXX, XXXI, XXXII, XIII, XXXIV, XXXV, XXXVI, XXXVII and XXXVIII of the ADHR are specific and might be summarized as follows:

- duty to the State;
- duty to the society;
- duty to the family;
- duty to work to the best of his abilities and competences;
- duty to pay taxes;
- duty to obey the law;
- duty to refrain from political activities in a foreign country;
- duties with respect to social security and welfare;
- duty to vote;

- duties toward children and parents;
- duty to receive instructions.

As regards to their specificity, the provisions on the duties upon the individual encopassed in the ADHR are analogous to the corresponding provisions of the ACHPR[69].

One can classify the human obligations and duties into two categories, those that may become implementable through legislation and those that are merely advisory[70] in nature since it is not difficult to observe that some of these obligations and duties cannot be turned into practice. Actually, most of these obligations and duties are meant to function as a sort of 'ethical(?)code of conduct' for all nationals of American countries. Articles XXXI, XXXII, XXXIII, XXXIV, XXXV, XXXVI, XXXVII and XXXVIII fall within the former category and might be implemented through domestic legislation. Articles XXIX and Article XXX, in the part where they refer to the duty of children to honor their parents always (…), appear only hortative.

Elaborating on aforementioned distinction, it is possible to distinguish noteworthy illustrations of the first category, i.e. obligations and duties in the ADHR that can be implemented, even if this happens through other instruments. For instance, the example offered by Article XXXI that expects the individual to acquire at least an elementary education. These tie in with the obligation of the State under Article XII that 'every person has the right to an education, which should be based on the principles of liberty, morality and human solidarity'. The State is thus under an obligation to adopt legislation and other measures that would guarantee the right, not only against infringements coming out from State agencies but even from the beneficiaries of this right. The obligation to pay taxes as indicated in Article XXXVI is without uncertainty a further common feature of the tax legislations of every State. An additional example of enforceability of individual human duty under the ADHR might be derived from a combined reading of Article XXXIII and Article V which prescribes that 'every person has the right to the protection of the law

[69] See Makau W. Mutua, above n. 48, p. 339 ff.

[70] Amplius, see e.g. Fernando Berdion Del Valle, Kathryn Angel Sikkink, '(Re)discovering Duties: Individual Responsibilities in the Age of Rights' (2017) 26 *Minnesota Journal of International Law*, pp. 189-245; Maria del Carmen Patricia Morales, 'Human Duties and Responsibilities for the Reinforcement of Human Rights: the Declaration of Human Duties and Responsibilities', in *Between rights and responsibilities: a fundamental debate* (Cambridge: Intersentia, 2016), p. 67 ff; Tom McCarthy, 'Human rights and human duties do we need a declarations of human responsibilities: some personal observations', in A. Fernando (ed.), *Karel Vasak amicorum liber: les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle = los derechos humanos ante el siglo XXI = human rights at the dawn of the twenty-first century - Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle* (Bruxelles: Bruylant, 1999), p. 655 ff.

against abusive attacks upon his honor, his reputation, and his private and family life'. In compliance with its obligations under Article I of the Declaration, the State shall adopt legislative and other measures aimed at protecting the life, liberty and security of every person. Individuals would be liable for a breach of that law and failure of the State to effectively protect the life and security of its citizens will be a violation of its duties.

On the other hand obligations and duties of individuals such as those referring to the duty to work to the best of her abilities and competencies, to conduct herself in relation to others or that each and every one may fully form and develop her personality and that children should honor their parents always are at the best mere moral encouragements.

VI. IMPLEMENTATION OF THE HUMAN DUTIES AND OBLIGATIONS.

Considering individual human duties and obligations, it is indispensable to identify the mechanisms for their implemention. Although few authors (if none) are against the values represented in the human responsibility declarations, the majority of them are against their protection through human duties and obligations upon the individual.[71] This is because they often argue that the human duty provisions lack specificity and the capacity for practical application,[72] given that these are duties that are generally seen as belonging to the category of duties that Immanuel Kant called 'imperfect obligations'.[73] It will then make it hard for the State to invoke them against the individual who has allegedly violated them

It is the present author's opinion that this fear may be mitigated if one considers the duties upon the individual within the framework of the general obligations upon the State. The State has the primary duty to enact normative and other measures to guarantee the unhampered enjoyment of the freedoms and rights protected. That duty should be interpreted to extend to a duty of the State to guarantee that the individuals for whose benefit the obligations are intended effectively enjoy them. Although *prima facie* not

[71] See, e.g., the authors quoted above, supra n. 42, 43 and 45.
[72] See Ben Saul, above n. 43, p. 565 ff.
[73] See Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals (Cambridge Texts in the History of Philosophy)* (Cambridge: CUP, 1996), pp. 187-98. On the distinction betwee perfect and imperfect duties, see also Patricia Greenspan, 'Making Room for Options: Moral Reasons, Imperfect Duties, and Choice' (2010) 27 *Social Philosophy and Policy*, pp. 181-205.

evident, this is the conclusion that indirectly arises from the Preamble of the Declaration, in the part where it provides that the enjoyment of any right or freedom should always be preceeded by the fulfillment of the corresponding duty. When the Preamble is read together with Article XXVIII of the ADHR, it becomes possible to understand how the State comes to carry on the obligation to guarantee that the duties upon the individual are performed. It is because Article XXVIII subjects the enjoyment of freedoms and rights by the individual to those of other persons, morality, collective security and common interest that it becomes admissible to hold the State responsible for the actions of private persons that negatively affect the interests of others. [74]

The Inter-American Commission of Human Rights ('IACHR' or the 'Commission') in its report on *Poverty and Human Rights in the Americas* found Latin America and the Caribbean governments responsible for their lack of efforts in fighting extreme poverty and inequality.[75] According to the Commission, governments have a duty to use their policies, including fiscal policies to protect their citiziens, in particular the most vulnerable, from poverty persistence, both through legislative and non-legislative measures and to prioritize women's and indigenous peoples' rights into their state policies as well as those of other groups disproportionately affected by poverty and inequality.[76]

The obligations of the State to protect and promote the enjoyment of all human freedoms and rights forces it to adopt measures through legislation to protect the beneficiaries of the protected freedoms and rights against social and political interferences and to promote them by providing for effective remedies and by,guarateeing also that individuals are able to exercise their rights and freedoms, for instance, by raising awarness and even by stimulating tolerance.

The continuous responsibility of the State to monitor compliance of its legislations that are aimed at preventing the abuse of the rights of individuals by others is very well demonstrated in the landmark decision of the IACHR in *Lenahan* v. *United States*.[77]

---

[74] Article XXVIII of the UDHR provides that: 'The rights of man are limited by the rights of others, by the security of all, and by the just demands of the general welfare and the advancement of democracy'.
[75] Inter-American Commission on Human Rights (IACHR), *Preliminary Report on Poverty, Extreme Poverty, and Human Rights in the Americas*, January 2017, available at: https://www.refworld.org/docid/586ca7d54.html [accessed 27 February 2019].
[76] Ibidem, paras. 105 to 114.
[77] Inter-Am. Comm'n H.R., *Lenahan* v. *United States*, Case 12.626, Report No. 80/11, T 168 (2011).

Before the Commission, the applicant Lenahan filed a complaint against the United States for the violation inter alia of her and her children's rights of life and of physical integrity for not having been protected by the local police[78] – Lenahan's daughters were abducted by her estranged husband and were killed after the Castle Rock, Colorado police repeatedly refused to implement her domestic-violence restraining order against him.

The IACH held that the U.S. was to blame for the inaction of its police officials and judicial authorities.[79] More specifically, the Commission argues that the U.S. disregarded several articles of the American Declaration such as Article I (Right to Life), Article II (Right to Nondiscrimination and Equal Protection), Article VII (Special Protection for Children) and Article XVIII (Right to Judicial Protection).[80]

Although it not the State itself that committed the infringements against the applicant's rights, the State however was held responsible; it is a responsibility of the State to guarantee the safety of its citizens and residents.

That the State carries responsibilities even under the provisions that impose duties upon individuals is further supported by the IACHR's Report on the Situation of Human Rights in Ecuador.[81] This report, in Chap. VIII, argues that ' … *the State's* protection of the right to life and physical integrity may best be advanced through measures to support and enhance the ability of individuals to safeguard and vindicate those rights '.[82] Moreover, it maintains that 'Where the right to life … has been infringed upon by environmental contamination, the Government is obliged to respond with appropriate measures of investigation and redress'.[83] The State is, thus, expected to guarantee that the individuals accomplish their obligations.

---

[78] See Nancy Chi Cantalupo, 'Jessica Lenahan (Gonzalez) v. United States & Collective Entity Responsibility for Gender-Based Violence' (2012) 21 *American University Journal of Gender Social Policy and Law*, pp. 233 ff, who stresses that the applicant Lenahan also claimed human rights violations by the U.S. courts, which failed to provide her with a remedy.

[79] Inter-Am. Comm'n H.R., *Lenahan* v. *United States*, above n. 69, para. 213.

[80] Ibidem, paras. 160-170.

[81] IACHR, *Report on the Situation of Human Rights in Ecuador*, 24 April 1997, OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1.

[82] Ibidem, Chap. VIII ('The Human Rights Situation of the Inhabitants of the Interior of Ecuador Affected by Development Activities').

[83] Ibid.

VII. FINAL REMARKS

The provisons on human obligations and duties in Chapter II have turned to be one of the most distinct features of the ADHR. The obligations and duties upon the individual as contained in the Declaration are a blend of both detailed but indirectly implementable normative obligations, and duties and moral advices but with larger focus on obligations and duties to the society. To be fully consistent with the traditional Latin American traditions and values at the time of the Declaration, the obligations and duties upon the individuals have been granted space and visibility in the ADHR. The impact upon the constitutional charters of Latin American and Central American countries has become commonplace and although the lack of their self-executing character has often been (rightly) claimed against these obligations and duties, it is a widely accepted opinion that a large number of them might be implemented with the cooperation of national legislators.

Revista Electrónica Iberoamericana ISSN: 1988 - 0618
http://www.urjc.es/ceib/ Vol. 13, Edición Especial, 2019

LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE EN BOGOTÁ, 1948: REFLEXIONES SOBRE LA DILIGENCIA DEBIDA EN EL SETENTA ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN AMERICANA

THE RIGHTS AND DUTIES OF MAN IN BOGOTÁ, 1948: REFLECTIONS ON DUE DILIGENCE ON THE SEVENTY ANNIVERSARY OF THE AMERICAN DECLARATION

Yolanda Gamarra Chopo[1]

Universidad de Zaragoza, España

RESUMEN

La conmemoración del Setenta Aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) es una buena oportunidad para reflexionar acerca de uno de los principios nucleares del derecho internacional de los derechos humanos: la diligencia debida. El propósito es analizar las obligaciones (prevenir, investigar, sancionar y reparar) de los Estados recogidas en los tratados por ellos ratificados que consagran la protección de los derechos de las víctimas de cualquier forma de violencia.

PALABRAS CLAVE: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Sistema interamericano de derechos humanos, Víctimas, Obligaciones de los Estados, Control, Diligencia debida.

ABSTRACT

The commemoration of the Seventieth Anniversary of the American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948) is a good opportunity to reflect on one of the core principles of international human rights law: due diligence. The purpose is to analyze the obligations (prevent, investigate, sanction and repair) of the States included in the treaties ratified by them that enshrine the protection of the rights of the victims of any form of violence.

[1] Catedrática de Derecho internacional público y Relaciones internacionales de la Universidad de Zaragoza. Coordinadora Académica del Programa de Doctorado en Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Email: gamarra@unizar.es

KEY WORDS: American Declaration of Rights and Duties of Man, Inter-American Human Rights System, Victims, States' Obligations, Monitoring, Due diligence.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CORPUS CONCEPTUAL Y NORMATIVO. 2.1. Derecho a la igualdad y no discriminación. 2.2. El derecho a una vida libre de violencia y de estereotipos. 3. OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE PREVENIR, INVESTIGAR, SANCIONAR Y REPARAR. 3.1. La obligación de respetar los derechos. 3.2. El deber de adoptar disposiciones de derecho interno. 4. OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS. 4.1. El derecho a una "justicia integral". 4.2. Acceso a la información, a la participación de las víctimas y publicidad del proceso. 5. CONCLUSIONES.

* * *

> "El fin del Estado es la felicidad del hombre dentro de la sociedad. Deben armonizarse los intereses de la sociedad con los derechos del individuo. El hombre americano no concibe vivir sin justicia. Tampoco concibe vivir sin libertad" (Resolución XI de la Declaración de México, Conferencia de Chapultepec, 6 de marzo de 1945, inciso 12).

1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente artículo es reivindicar el valor contemporáneo de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre adoptada en Bogotá en 1948 (en adelante, Declaración Americana)[2] en el sistema interamericano de derechos humanos con motivo de la conmemoración de su Setenta Aniversario[3]. Durante décadas de

[2] La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre fue adoptada el 2 de mayo de 1948 en la Novena Conferencia Internacional Americana. Véase para una más amplia información de la Declaración Americana y del sistema interamericano de derechos humanos: STEINER, H.J., ALSTON, Ph. y GOODMAN, R., *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 3ª ed., pp. 1020 – 1062, y FERNÁNDEZ LIESA, C.R., *El derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Pamplona, Thomson Reuters, 2013.

[3] Sobre los orígenes de la Declaración Americana FENWICK, Ch. G., "The Ninth International Conference of American States", *The American Journal of International Law*, 1948, vol. 42, pp. 553- 567. Véanse además GROSS ESPIELL, H., "La Declaración Americana: raíces conceptuales y políticas en la Historia,

trabajos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han logrado cristalizar un *corpus* conceptual y normativo que permite la protección de los derechos humanos al margen de medidas internas limitadoras de derechos y libertades, cuyo origen está en la Declaración Americana[4].

El pensamiento americano sobre la naturaleza de los derechos humanos se puede conocer a través del análisis del concepto de diligencia debida y su carácter frente al Estado[5]. La diligencia debida es el deber que tiene todo Estado de tomar las medidas necesarias para prevenir, investigar, sancionar y reparar cualquier acto contrario a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado en distintos instrumentos internacionales[6]. Se trata de un concepto asociado a la posible responsabilidad de un Estado frente a obligaciones de conducta o comportamiento recogidas en instrumentos internacionales.

El procedimiento judicial contra los responsables del asesinato de Berta Cáceres Flores puso al descubierto las limitaciones de las estructuras de gobierno de Honduras para actuar con la diligencia debida en la investigación de los hechos en un proceso penal. Pero Honduras no es el único Estado del entorno americano en el que los procesos penales "no representan una justicia integral"[7]; otros, como Guatemala en el caso Abelino Chub, se ven afectados por situaciones similares. De ahí que sea pertinente explorar los estándares mínimos que los Estados deben cumplir para llevar a cabo investigaciones diligentes que garanticen el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Las referencias al principio de diligencia debida son cada vez más frecuentes en los instrumentos internacionales y es invocada por los órganos internacionales para hacer

---

la Filosofía y el Derecho Americano", *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 1989, pp. 41-61; BUERGENTHAL, Th., "La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanios*, nº especial en Conmemoración del 40 Aniversario de la Declaración Americana de Derechos Humanos, 1989, pp. 111 y ss., y WOERNER, Jr. y FRANK, F., *A History of the Ninth Inter-American Conference* (Tesis doctoral) , Bogotá, 1965.

[4] CERNA, C.M., "Reflections on the Normative Status of the American Declaration of the Rights and Duties of Man", *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2009, pp. 1213 y ss.

[5] CAROZA, P.G., "From conquest to constitutions: retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights", *Human Rights Quarterly*, 2003, vol. 25, pp. 286 y ss.

[6] Véase más ampliamente sobre el concepto de diligencia debida en LOZANO CONTRERAS, F., *La noción de debida diligencia en la codificación y la jurisprudencia internacionales*. Tesis Doctoral, Universidad de Alicante, 2005.

[7] Véase la denuncia de CEJIL en <https://www.cejil.org/es/cejil-proceso-penal-caso-berta-caceres-no-representa-una-justicia-integral>

cumplir el derecho internacional de los derechos humanos. Los órganos de Naciones Unidas (NU) y tribunales internacionales se refieren al principio de diligencia debida en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y Derechos Humanos[8], en los instrumentos sobre inversiones[9], en el derecho medioambiental[10], derecho internacional humanitario[11], derecho del mar[12], o derechos de la mujer[13], entre otros.

El ámbito de análisis que afecta a la diligencia debida, a caballo entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional, no está exento de complejidad y dificultades por la cantidad de factores que influyen en su análisis y aplicación, tales como la naturaleza de los derechos, los órganos de control o los actores afectados, entre otros elementos. Ofreceré aquí una aproximación general a los estándares mínimos exigidos a los Estados y su ejercicio por los órganos nacionales, en particular en lo relativo a los derechos de las mujeres. Para lograrlo, primero analizo el marco normativo centrándome en los derechos de la mujer, el derecho a la igualdad y la no discriminación, y derecho a una vida libre de estereotipos y violencia sobre las mujeres. Examino después el deber de los Estados de actuar diligentemente con el fin de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las víctimas mujeres. Abundo luego en la obligación de los Estados de respetar los derechos de las víctimas y sus familiares, e incluyo para terminar unos apuntes acerca de las buenas prácticas que deben guiar toda investigación para cumplir con los estándares mínimos internacionales. El artículo se

[8] Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar", adoptado por unanimidad en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Principio 1 Doc ONU. A/HRC17/31 (junio de 2011) (por John Ruggie). Véase FERNÁNDEZ LIESA, C.R., y LÓPEZ-JACOISTE, E. (eds.), *Empresas y Derechos humanos*, Pamplona, Aranzadi, 2017, y MARES, R. (ed.), *The UN Guiding Principles on Businness and Human Rights. Foundations and Implementations*, Leiden, Brill, 2012.

[9] MARTÍN-ORTEGA, O., *Empresas multinacionales y derechos humanos*, Barcelona, Bosch, 2008, y SCHUTTER, O. de (ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, Hart Publ., 2006.

[10] Corte IDH, Medio ambiente y Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia (Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal Interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1 en relación con los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párs. 123 y 124. Además véase GOS, T., "La responsabilidad de respetar los derechos humanos y el establecimiento del deber de debida diligencia como una obligación legal para las industrias extractivas: desafíos y oportunidades en las Américas", *Am. U. Int' L. Rev*., 2016, pp. 859 y ss.

[11] Véase el artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, así como CIJ, Aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito del genocidio (Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro), Sentencia de 26 de febrero de 2007, pár. 430.

[12] Tribunal Internacional de Derecho del Mar, Solicitud de Opinión Consultiva enviada por la Comisión Subregional de Pesca (CSRD). Opinión Consultiva de 2 de abril de 2015, párs. 128 y 129.

[13] VV.AA., *La debida diligencia en la actuación del Ministerio Público Fiscal en casos de violencia de género*, CEJIL, Ministerio Público Fiscal de Argentina, 2013.

cierra con unos apuntes sobre la validez regional y utilidad de la Declaración Americana, en particular cuando se trata del deber del Estado de adoptar todas las medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos consagrados en los instrumentos internacionales, así como organizar las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio de los poderes públicos con el fin de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, en particular de las mujeres.

2. *CORPUS* CONCEPTUAL Y NORMATIVO

2.1. Derecho a la igualdad y no discriminación

El derecho internacional ha facilitado el desarrollo de tratados multilaterales que actualmente definen los contenidos de los derechos humanos desde la comisión de graves violaciones de los derechos fundamentales a la violación de los derechos de las mujeres[14]. Dentro del *corpus* normativo que ofrece el sistema interamericano de derechos humanos hay un instrumento de especial relevancia al tratar de la violencia contra la mujer: la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, 1994)[15].

La Convención de Belém do Pará en su artículo 7 par. b, obliga al Estado a actuar con la diligencia debida para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres. Un buen número de estándares de derecho internacional indican la importancia de proteger la salud mental y física de las víctimas de violaciones a la integridad personal durante la investigación y el proceso judicial. No sólo a ellas sino también la de sus familiares.

La Convención de Belém do Pará marcó las pautas de la violencia contra las mujeres. En particular, la violencia contra las mujeres: i) constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales; ii) supone una ofensa a la dignidad humana; iii) son manifestación de las relaciones de poder desiguales entre hombres y

[14] SHELTON, D., "Prohibición de Discriminación en el Derecho internacional de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, 2008, pp. 15 y ss.
[15] A fecha de 1 de mayo de 2019 los Estados partes son: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente, Santa Lucía, St. Kitss y Nevis, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

mujeres, iv) su eliminación es condición indispensable para el desarrollo individual y social, y plena inserción en todas las esferas de la vida[16].

La Convención de Belém do Pará reconoce a favor de las mujeres una serie de derechos. Un aspecto central de este reconocimiento es el derecho de la mujer a una vida libre de violencia, tanto en el espacio público como en el privado, precisando que este derecho incluye, entre otros: i) el derecho de la mujer a ser libre de todas formas de discriminación , y ii) el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamientos y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación[17].

La Convención de Belém do Pará dedica su Capítulo III a establecer los deberes del Estado. A ese efecto, la Convención identifica deberes inmediatos (artículo 7) y deberes progresivos (artículo 8). Entre los primeros puede señalarse, a modo de ejemplo: i) la abstención de prácticas de violencia contra la mujer y velar que sus funcionarios actúen de conformidad con esta obligación; ii) la aplicación de la diligencia debida para investigar y sancionar la violencia contra las mujeres; iii) la adecuación de las normas y otras medidas jurídicas para garantizar los derechos de las mujeres y hacer efectiva la Convención; iv) la aplicación de procedimientos justos y eficaces frente a la violencia, y v) la modificación de prácticas jurídicas o costumbres que respalden la tolerancia de la violencia contra las mujeres[18].

Entre los deberes progresivos cabe destacar: i) la promoción del conocimiento del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia; ii) la modificación de patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres; iii) el fomento de la formación del personal de la administración de justicia; iv) atención adecuada para las víctimas; v) oferta de actividades y programas eficaces de rehabilitación y capacitación para facilitar a las mujeres la inserción en la vida pública, y vi) garantizar una investigación rigurosa e imparcial[19].

La satisfacción del estándar de diligencia debida frente a violaciones de los derechos humanos requiere que se asegure la aplicación efectiva del marco legal vigente y de políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de manera eficaz ante las

[16] VV.AA., *La debida diligencia en la actuación del Ministerio Público Fiscal en casos de violencia de género, cit.*, p. 22.
[17] Ibid., p. 28.
[18] Ibid., p. 34.
[19] Ibid., p. 34.

denuncias y en sintonía con los criterios establecidos en el marco normativo de los derechos humanos[20]. La Corte IDH también ha reafirmado la estrecha relación entre la discriminación, la violencia y la diligencia debida, enfatizando que la falta del Estado de actuar para proteger a las personas de la violencia de cualquier tipo constituye una forma de discriminación, y una negación de su derecho a la igual protección de la ley[21].

La Corte IDH en el caso Velásquez Rodríguez ya manifestó la existencia de un deber estatal "de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a las víctimas una adecuada reparación"[22].

Unos años más tarde, la Corte IDH, en el caso Kawas Fernández vs. Honduras, fue clara al reconocer que la obligación de investigar se mantiene "cualquiera sea el agente al cual puede eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliadas por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado"[23].

En el continente americano, no sólo se ha avanzado en la determinación de los hechos y violaciones de los derechos humanos, sino también en esclarecer ciertas obligaciones positivas de los Estados con el fin de garantizar un juicio justo y finalizar con la impunidad[24]. No obstante, y a pesar de todos los logros alcanzados, perviven una serie de asimetrías entre las obligaciones recogidas en el derecho internacional de los derechos humanos y el pleno ejercicio de las mismas en los derechos nacionales.

---

[20] Sobre este particular véase CALDERÓN, J. y RECINOS, J.D., "Frente a la violencia de género: deberes de prevención en contextos contra la mujer e investigación en conflicto armado. Desarrollos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en RAIMONDI, G., MOTOC, I., PASTOR VILANOVA, P. y MORTE, C. (eds.), *Human Rights in a Global World. Liber amicorum Judge Luis López Guerra*, The Netherlands, WLP, 2018, pp. 305 y ss.

[21] Comisión IDH, Caso Jessica Lenahan (Gonzales) y otros. Caso nº 12626. Informe 80/11 de 21 de junio de 2011, par. 111.

[22] Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Fondo, Reparaciones y Costas, pár. 174.

[23] Corte IDH, Caso Kawas Ferrnández vs. Honduras. Sentencia de 3 de abril de 2009. Fondo, Reparaciones y Costas, pár. 78.

[24] Véase BENNOUNA, M., "Truth, Justice and Amnesty", en VOHRAH, L. Ch., et al. (eds.), *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 2003, p. 136.

2.2. El derecho a una vida libre de violencia y de estereotipos

En la Convención de Belém do Pará, así como en distintos instrumentos internacionales y en la jurisprudencia de la Corte IDH se reconoce el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y estereotipos. Los estereotipos de cualquier clase impiden el pleno ejercicio y goce de los derechos de todo individuo, en particular cuando afectan a mujeres[25].

El artículo 6 de la Convención de Belém do Pará reconoce el derecho de las mujeres a ser valoradas y educadas libres de patrones estereotipados de comportamientos y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación[26]. Como resultado de este reconocimiento, el artículo 7 de la mencionada Convención contempla el deber estatal inmediato de abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra las mujeres, así como la obligación de adoptar medidas necesarias para modificar leyes, reglamentos u otro tipo de normas[27].

Esta disposición encuentra su paralelo a escala universal en la Convención sobre la Eliminación de todas formas de discriminación contra la Mujer, 1979 (CEDAW). El artículo 5 apartado a) de la CEDAW incluye una cláusula análoga que recoge que los Estados tomarán las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta (de mujeres y hombres) para alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. Este marco normativo permite apuntar que existe una obligación de los Estados parte en la CEDAW y del resto de convenciones para que los poderes públicos se abstengan de aplicar estigmas (de género) en sus razonamientos y prácticas. En función del mismo marco legal, resulta suficiente acreditar que los estigmas se basan en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de varones y mujeres[28].

---

[25] Entre otros, véase MEDINA QUIROGA, C., La *Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005.

[26] Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

[27] Artículo 7 de la CEDAW disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>

[28] COOK, R. y CUSACK, S., *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Bogotá, Profamilia, 2010, p. 96, citado en VV.AA., *La debida diligencia en la actuación del Ministerio Público Fiscal en casos de violencia de género*, *cit* . p. 42.

El estereotipo es una presunción sobre las características o atributos que se asignan a los individuos que integran un grupo específico, o sobre los roles que estas personas deben cumplir[29]. La jurisprudencia internacional ofrece ejemplos que muestran los usos de los estereotipos de género en diferentes situaciones y su correlativa incompatibilidad con los derechos humanos[30]. Existe, así, una obligación del Estado para que los poderes públicos se abstengan de utilizar estereotipos de género en sus razonamientos y prácticas, más allá de si los mismos constituyen una forma de discriminación[31].

El estándar mínimo de la diligencia debida ha sido utilizado para identificar cuáles son y qué significan las obligaciones del Estado, al mismo tiempo que se ha erigido en un instrumento útil para analizar la respuesta de los poderes públicos en casos de violaciones de los derechos humanos. Frente a la transgresión de los derechos de los individuos, las obligaciones generales se refuerzan con aquellas que derivan de las normas específicas. De ese modo, se impone al Estado la necesidad de incorporar a cada una de sus respuestas las especificidades oportunas para que la protección sea realmente útil y eficaz[32].

Los estándares internacionales dan cuenta del amplio consenso en torno a la utilización del principio de diligencia debida para traducir en prácticas concretas el contenido del alcance de las obligaciones de los Estados en materia de prevención e investigación de la violencia y constituyen, así, importantes referencias para la actuación de los poderes del Estado[33].

La diligencia debida es un principio útil y necesario por el cual los Estados están obligados a garantizar la vigencia de los derechos humanos de todas las personas, en particular de aquellos grupos de especial vulnerabilidad. Se trata de facilitar el acceso a

[29] Véase, CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR, E., "Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2015, nº 9, pp. 26 – 48.
[30] Corte IDH, Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas, pár. 78.
[31] Resulta interesante la aportación de JIMÉNEZ GARCÍA, F., "La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida. Reflexiones a raíz de los crímenes "feminicidas" de Ciudad Juárez", *Revista Española de Derecho internacional,* 2011, vol. 63/2, pp. 11-50.
[32] Véase, MÖLLER, K., *The Global Model of Constitutional Rights,* Oxford, Oxford Constitutional Theory, 2012, pp. 30 y ss.
[33] HASSELBACHER, L., "State Obligations Regarding Domestic Violence: The European Court of Human Rights, Due Diligence, And International Legal Minimums of Protection", *Northwestern University Journal of International Human Rights*, 2009, pp. 190 y ss.

la justicia de mujeres y gozar de una vida libre de violencias como derecho fundamental[34]. Cumplir con tal obligación implica de un lado, reformar, derogar o anular normas o prácticas que violen los derechos reconocidos en los tratados internacionales u obstaculicen su ejercicio. De otro, prevenir los casos de violencia que implica la adopción de medidas legales o administrativas, o de otra índole necesarias para hacer efectivo el ejercicio de derechos.

3. OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE PREVENIR, INVESTIGAR, SANCIONAR Y REPARAR

3.1. La obligación de respetar los derechos

Los Estados están obligados a respetar los principios y estándares internacionales para llevar a cabo investigaciones diligentes que garanticen verdad y justicia para las mujeres víctimas de las transgresiones de derechos[35]. La justicia es un complemento esencial de la paz. Sin justicia ni hay paz, ni es posible la reconciliación, entre otros motivos porque la ausencia de justicia propicia la repetición de la vulneración de los derechos humanos[36].

La obligación de investigar las transgresiones de los derechos humanos es un deber del Estado para garantizar la tutela de los derechos fundamentales[37]. La investigación judicial supone un esclarecimiento de las circunstancias en las que ocurrieron los hechos, el conocimiento de la verdad por parte de las víctimas y sus familiares, el castigo que debe recaer en el violador de los derechos humanos, y el

[34] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas. Relatora sobre los Derechos de la Mujer, OEA, disponible en <https://www.cidh.oas.org/women/Acceso07/cap2.htm>

[35] Entre otros, véanse los trabajos de GOLDSTONE, R., "Justice as a Tool for Peace-Making: Truth Commissions and International Criminal Tribunals", *NYU Journal of International Law and Policy*, 1996, vol. 28, pp. 485 y ss., o DEMBOUR, M-B. & HASLAM, E., "Silencing Hearings? Victim-Witnesses at War Crimes Trials", *EJIL*, 2004/1, vol. 15, pp. 151 – 178.

[36] Véanse, entre otros, BELL, Ch., *Peace Agreements and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2003; BIGGAR, N., "Making Peace or Doing Justice: Must We Choose?", en BIGGAR, N. (ed.), *Burying the Past. Making Peace and doing Justice after Civil Conflict*, Washington, Georgetown University Press, 2001, y ESTRADA-HOLLENBECK, M., "The Attainment of Justice through Restoration, Not Litigation: The Subjective Road to Reconciliation", en ABU NIMER, M. (ed.), *Reconciliation, Justice and Coexistence*, Oxford, Lexington Books, 2001, pp. 66 y ss. y 74 y ss.

[37] Véase MEDINA QUIROGA, C., *The Battle of Human Rights. Gross systematic violations and the Inter-American System*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1998.

establecimiento de medidas que disuadan a posibles perpetradores de cometer futuras violaciones de los derechos humanos.

El derecho a un recurso efectivo se reconoce en la Declaración Americana, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada en San José en 1969 (en adelante, Convención Americana), así como en otros tratados internacionales de protección de los derechos humanos y en la jurisprudencia de los órganos encargados del control de los mismos. La investigación de violaciones de los derechos humanos se erige en un elemento nuclear de la justicia y en el fortalecimiento del Estado de derecho.

En el plano internacional y nacional se ha avanzado cuantitativa y cualitativamente en la identificación de principios y obligaciones que se derivan del deber de investigar las violaciones de derechos humanos. Tanto la Comisión IDH como la Corte IDH han realizado un gran trabajo en la determinación del alcance de la obligación de investigar. La Corte IDH, desde una fase temprana, ha señalado basándose en la obligación de garantía establecida en el artículo 1 pár. 1 de la Convención Americana que exige el respeto y la protección de los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado. La Corte IDH se ha referido en distintos casos a la obligación de respetar como la primera obligación asumida por los Estados[38]. En particular, la Corte IDH manifestó en su jurisprudencia que "los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención" y reparación de los daños causados por la violación de los derechos humanos[39].

La obligación de los Estados de garantizar, según la Corte IDH, el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana a toda persona sujeta a su jurisdicción implica el deber de prevenir, investigar y sancionar la violación de los derechos, y 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[40].

En términos más específicos, la Corte IDH matizó que "(…) la obligación de garantizar (…) no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una

[38] Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, *cit*., pár. 165.
[39] Véanse Corte IDH, Caso Gódinez Cruz, Sentencia, 20 de enero de 1989. Fondo, pár. 175, y Corte IDH, Caso El Amparo vs. Venezuela, Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Reparación y Costas, pár. 61.
[40] Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, vs. Honduras. *cit*, par. 166.

conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"[41].

De modo que cuando hablamos de derechos humanos no es suficiente que el Estado se abstenga de realizar conductas que violen de manera manifiesta derechos, sino que debe (adicionalmente) implementar las acciones positivas (tomar medidas de carácter preventivo) necesarias para que las personas que están bajo su jurisdicción puedan ejercer y gozar de modo efectivo sus derechos[42]. En la jurisprudencia de la Corte IDH se recoge la obligación de investigar judicialmente y sancionar las violaciones vinculadas también a los deberes de prevención y garantía asociados a la protección de los derechos sustantivos, por ejemplo, el derecho a la vida o la integridad personal, así como a las garantías de un juicio justo o a la tutela judicial efectiva[43].

En la doctrina, se hace referencia a este tipo de medidas como obligaciones positivas o procesales en la tutela de los derechos fundamentales[44]. Estas obligaciones están estrechamente ligadas en el análisis judicial al acceso a un recurso judicial efectivo[45]. Así, el artículo 18 de la Declaración Americana, el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 22 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, así como el artículo 25 de la Convención Americana reconocen el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley, y por las obligaciones internacionales contraídas por el Estado.

En casos de graves violaciones de los derechos humanos, el Estado debe iniciar de oficio y sin dilación, una investigación seria, imparcial, y efectiva. Más aún, las

[41] Ibid, pár. 167.
[42] Véase, VV.AA., *La debida diligencia en la actuación del Ministerio Fiscal en casos de violencia de género, cit.*
[43] Véanse, entre otros casos, Corte IDH, Caso Myrna Chang vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), pár. 211; Corte IDH, Caso Peralta Suárez vs. Ecuador, Sentencia de 21 de mayo de 2013. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, pár. 93, o Corte IDH, Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, pár. 120.
[44] Véase, entre otros, y en relación con el sistema europeo de protección de los derechos humanos FREIXES SANJUÁN, T., "Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa", *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerol*, 1995, nº 11/12.
[45] SALOMÓN, E. y BLANCO, C., *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de democracia y derechos humanos, 2014.

investigaciones no deben ser una mera formalidad condenada de antemano a fracasar. Tanto la jurisprudencia de la Corte IDH como la jurisprudencia del TEDH coinciden en exigir la investigación judicial de las violaciones de los derechos fundamentales recogidos en la Convención Americana y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950)[46].

El desconocimiento y la no utilización de los instrumentos jurídico internacionales protectores de los derechos humanos en el diseño y desarrollo de medidas nacionales preventivas para hacer frente a la violencia en todas sus expresiones podría generar responsabilidad internacional del Estado, así como una pérdida de eficacia de la protección que debe asegurarse a quienes sufren cualquier tipo de violencia, incluidas las más graves violaciones de los derechos humanos[47]. Los órganos internacionales de protección de los derechos humanos han establecido de modo consistente que el Estado puede incurrir en responsabilidad internacional por no actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, sancionar y reparar los actos de violencia y violación de los derechos humanos. Este deber es aplicable a los actos cometidos por particulares en ciertas circunstancias[48]. En todo caso, debe contarse con el apoyo de agentes estatales (policiales y judiciales) para que se respeten las obligaciones del Estado en cuestión.

En este contexto, se requiere de una labor formativa de los agentes estatales pensando en aquellos que tienen una función pública que cumplir para prevenir, investigar, sancionar, y reparar este tipo de violencias. Más aún, la labor de órganos jurisdiccionales supranacionales como la Corte IDH, junto al resto de órganos internacionales de protección de los derechos humanos, resulta de gran significación en la medida en que su jurisprudencia posee también un valor didáctico de primer orden para la defensa de los derechos fundamentales[49].

---

[46] Entre otros, véase GROS ESPIELL, H., *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991. Además, véase FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., *Las obligaciones de los Estados en el Marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1987.

[47] ROHT-ARRIAZA, N., "State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in Internatonal Law", *California Law Review*, 1990, vol. 78, pp. 449 y ss.

[48] Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras , *cit*., pár. 160.

[49] En el sentido que expuso el profesor PASTOR RIDRUEJO, J.A., "La protección jurisdiccional de los derechos humanos: una comparación entre el Tribunal europeo y la Corte Interamericana", *Revista Electrónica Iberoamericana*, 2007, vol. I, nº 1, p. 13.

3.2. El deber de adoptar disposiciones de derecho interno

De acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, en particular con el artículo 2 de la Convención Americana[50], uno de los deberes primarios de los Estados es el de asegurar el ejercicio efectivo de los derechos humanos mediante la adopción de las medidas legislativas o de cualquier otro carácter que fueran necesarias para su protección. Para lograrlo los Estados deben adecuar su derecho interno a las obligaciones establecidas en los distintos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos[51].

La jurisprudencia de la Corte IDH establece que este deber "(…) incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la (Convención), así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas"[52].

En este sentido, la Corte IDH reconoce: "(…) la obligación de los Estados Parte de garantizar los derechos reconocidos en la Convención implica su deber 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"[53].

Esta obligación incluye la adopción de leyes internas en la que se establezcan de manera clara las conductas típicas que generan graves violaciones de los derechos humanos, así como las penas que les corresponden de acuerdo a su gravedad. Así, la Corte

---

[50] De acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana: "Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 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".

[51] CAPALDO, G., SIECKMAN, J. y CLÉRICO, L. (eds.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, EUDUBA, 2012.

[52] Corte IDH. Caso Castañeda Gutman vs. México. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, pár. 79. En igual sentido, Cotte IDH, Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Excepción Preliminar y Fondo, pár. 122; Corte IDH, Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, Sentencia de 4 de Julio de 2007. Fondo, Reparaciones y Costas, pár. 57; y Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Fondo, Reparaciones y Costas, pár. 207.

[53] Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. *cit.*, pár. 166; Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, pár. 92 y Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, pár. 110.

IDH ha establecido que "la obligación de investigar no sólo se desprende de las normas convencionales de derecho internacional imperativas para los Estados Parte, sino que además se deriva de la legislación interna que haga referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas"[54].

De modo que corresponde a los Estados disponer, de acuerdo con los procedimientos y a través de los órganos establecidos en su Constitución y sus leyes, el tipo de conductas ilícitas que serán investigadas de oficio, así como regular el régimen de la acción penal en el procedimiento interno. De la misma manera que corresponde a los entes estatales dictar normas que permitan que los perjudicados denuncien o ejerzan la acción penal y, en su caso, participen en la investigación y en el proceso. Para demostrar que un determinado recurso es adecuado, en el marco de una investigación penal por ejemplo, es preciso verificar que es idóneo para proteger la situación jurídica que se supone infringida[55].

Los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia están en la obligación de ejercer un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana en el sentido expuesto por la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano *vs.* Perú[56]. El control de convencionalidad implica el sometimiento del Estado a los tratados que ha ratificado, además de la interpretación efectuada por los órganos internacionales de derechos humanos[57]. A partir de ahí, se refuerza la protección de los derechos fundamentales en un contexto de constante interacción entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos[58].

---

[54] Corte IDH, Caso Perozo y Otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, pár. 299; Corte IDH, Caso García Prieto y Otros vs. El Salvador. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, pár. 104.

[55] Como reconoce la Corte IDH, Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Sentencia de 28 de enero de 2009. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, pár. 284.

[56] Véanse entre otros trabajos QUINCHE RAMÍREZ, M., *El control de la convencionalidad*, Bogotá, Temis, 2017 (3ª ed.); GARCÍA RAMÍREZ, S., "Control de convencionalidad", *Ciencia Jurídica*, 2016, pp. 133-138; SAGÜES, N.P., "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", *Estudios constitucionales*, 2010, pp. 117-136; REY CANTOR, E., *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008; PÉREZ TREMPS, P., *Escritos sobre justicia constitucional*, México, Porrúa, 2005, y SUDRÉ, F., *A propos du "dialogue de juges" et du controle de conventionalité*, París, Pedone, 2004.

[57] Véase TORRES ZÚÑIGA, N., "Control de convencionalidad (en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos), *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2015, nº 9, pp. 186 – 194.

[58] HENDERSON, H., "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*", *Revista IIDH*, 2004, pp. 71 y ss.

Además, el control de convencionalidad es una obligación que se deriva del principio de adecuación del derecho interno al derecho internacional reconocido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en particular en los artículos 27 y 31[59]. Los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la Convención Americana, de la Declaración Americana y del resto de instrumentos internacionales de derechos humanos[60].

En la actualidad, autores críticos han denunciado el elevado número de instrumentos protectores de los derechos humanos. Los Estados son más proclives a suscribir acuerdos, y menos a aceptar los mecanismos de verificación y control jurisdiccional pese a la creación de tribunales de diversa naturaleza. Ello ha llevado a que autores como Eric Posner defiendan que la proliferación de estándares de derechos humanos es esencialmente inútil[61].

Una aproximación crítica de la supuesta protección reforzada de los derechos humanos impulsada por los Estados se infiere, entre otros, del proceso de reformas del sistema interamericano de derechos humanos. Dicho proceso de reformas debía contribuir al fortalecimiento de la tutela de derechos en situaciones de manifiestas violaciones de los derechos humanos, pero desembocó en la limitación de las competencias de la Comisión IDH[62]. Si de un lado, los Estados tratan de establecer y reforzar los mecanismos protectores de los derechos humanos, de otro, los propios Estados incrementan los requisitos que dificultan el acceso a las jurisdicciones nacionales y supranacionales invocando una mayor seguridad jurídica.

---

[59] ANDRÉS SÁEZ DE SANTA MARÍA, P. et al, *Comentarios a la ley de Tratados y otros Acuerdos internacionales: (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)*, Pamplona, Thomson Reuter/Civitas, 2015.

[60] DULITZKY, A.E., "An Inter-American Constitutional Court? The Intervention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights", *Texas International Law of Human Rights*, 2015, vol. 50, pp. 45 – 93. Véanse asimismo, FIX-ZAMUDIO, H., "El Derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos humanos", *Revista Latinoamericana de Derecho*, 2004, pp. 148 y ss., y JIMÉNEZ ARECHAGA, E., "La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno", *Boletin da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, 1987-1988, pp. 35-55.

[61] POSNER, E., *The Twilight of Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

[62] GAMARRA CHOPO, Y., "La política de los derechos y de las libertades en las reformas del sistema interamericano", *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2013, pp. 291-326.

Sea como fuere, los Estados deben actuar con la diligencia debida para erradicar las transgresiones de los derechos humanos, en particular los derechos de las mujeres. No cabe ampararse en problemas técnico jurídicos para no aplicar los estándares mínimos reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos.

4. OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

4.1. El derecho a una "justicia integral"

En ocasiones, las víctimas se ven desprovistas de los medios necesarios para hacer frente a abusos contra los derechos humanos en democracias de "baja intensidad" o "imperfectas". Incluso, en aquellas circunstancias en las que existen recursos apropiados, las víctimas, en particular las mujeres siguen sufriendo dificultades para acceder a la justicia debido a toda una serie de obstáculos legales, financieros y políticos[63]. Más aún, en algunos Estados, las autoridades pueden verse incapaces de proteger los derechos humanos y libertades fundamentales de sus ciudadanos por la falta de instituciones adecuadas o por la fragilidad de las estructuras públicas[64].

La capacidad de los Estados de proteger los derechos humanos no ha avanzado al mismo ritmo que la espiral de violencia contra los sectores más vulnerables de la sociedad. Mientras la violencia aumenta y se visibiliza, los gobiernos de los Estados han sido incapaces de encontrar un equilibrio entre la espiral de violencia y el deber del Estado de proteger los derechos humanos para prevenir violaciones de los mismos.

En los procedimientos de la Corte IDH, las denuncias de las víctimas son constantes ante la falta de mecanismos de investigación efectivos. Las víctimas denuncian desde irregularidades procesales en la recaudación de la prueba; o falta de independencia de los operadores de justicia; o riesgos a la seguridad de quienes denuncian, investigan y testifican, o la falta de recursos para el funcionamiento de las instituciones, o la demora

[63] Redress, OMCT, Amnesty International et al, "The Draft Basic Principles and Guidelines on the Right to Remedy and Reparation for Victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law", disponible en <http://www.alrc.net>

[64] Entre otros trabajos, véase BIGGAR, N., "Making Peace or Doing Justice: Must We Choose?", en BIGGAR, N. (ed.), *Burying the Past. Making Peace and doing Justice after Civil Conflict*, Washington, Georgetown University Press, 2001

y retrasos en la investigación[65].

En Honduras, entre otros casos, la Misión de Observación Calificada expresó su preocupación por ciertas irregularidades detectadas en el juicio por el asesinato de la defensora de los derechos humanos y lideresa lenca Berta Cáceres Flores[66]. El 12 de noviembre de 2018 se celebró una audiencia sin que el tribunal avisase previamente a las víctimas del caso, elemento que se sumaba a una serie de graves irregularidades que se denunciaron desde el inicio del proceso. En este caso, las organizaciones que conforman la Misión de Observación Calificada denunciaron la falta de información pública incurriendo a su modo de ver en una violación del principio de publicidad, así como de los derechos de representación de los intereses de las víctimas[67]. Incluso las ONG personadas en la causa han tildado el proceso penal como no representativo de una "justicia integral"[68].

El principio de publicidad del proceso estipulado en la Convención Americana en su artículo 8 pár. 5, además de proteger los derechos de las personas acusadas y los intereses de las víctimas, se constituye como un medio esencial para que pueda ejercerse el control y vigilancia sobre las actuaciones de las autoridades públicas por parte de la comunidad en general, siendo también un presupuesto de la eficacia de la función judicial y la legitimación de la democracia participativa[69].

El Alto Comisionado de Naciones Unidas señaló que "(…) los procesos nacionales son también una forma de hacer valer el derecho a la verdad. Los tribunales imparten justicia, pero también evalúan los hechos de acuerdo a rigurosos criterios de prueba y de procedimiento, y dejan constancia de ellos en las actas judiciales. Al promover el derecho a la verdad, los Estados deben garantizar un amplio *ius standi* en el proceso a todo lesionado y a toda persona u ONG con interés legítimo"[70]. En todo caso, establecer un registro de las violaciones cometidas por los perpetradores e identificar las

---

[65] Así se infiere del análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH, disponible en <http://www.corteidh.or.cr>
[66] Grupo Asesor Internacional de Personas Expertas, *Represa de Violencia. El plan que asesinó a Berta Cáceres,* noviembre de 2017, disponible en <https://gaipe.net/wp-content/uploads/2017/10/Represa-de-Violencia-ES-FINAL-.pdf>
[67] Como la exclusión arbitraria de las víctimas como ha denunciado CEJIL. Véase más amplia información del caso en <https://www.cejil.org/es/cejil-proceso-penal-caso-berta-caceres-no-representa-una-justicia-integral>
[68] Ibid.
[69] Véase Böckenförde, E.W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
[70] Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *El derecho a la verdad*. Doc. A/HRC/12/19, 21 de agosto de 2009

causas que las provocaron es parte esencial de la reconstrucción de un futuro mejor para la víctima y sus familias al conocer que los hechos ocurrieron y que no deben volver a repetirse. Al final, se trata también de disuadir a potenciales perpetradores de cometer violaciones de los derechos humanos.

4.2. Acceso a la información, a la participación de las víctimas y publicidad del proceso.

La elaboración de normas comunes y la promoción de buenas prácticas sirven como directrices para los Estados en cuanto a medidas a tomar para desarrollar investigaciones rigurosas e imparciales. La investigación efectiva de violaciones de los derechos humanos debe ser emprendida de buena fe, de manera diligente, exhaustiva e imparcial, y debe ser encaminada a explorar todas las líneas de investigación que permitan la identificación de los autores materiales e intelectuales para su eventual castigo efectivo.

Los elementos básicos sobre los que debe desarrollarse toda investigación de acuerdo con los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones son los siguientes[71]. En primer lugar, toda investigación debe ser desarrollada de oficio. Y es que toda investigación debe tener carácter oficial y ser llevada a cabo a través de medios policiales y judiciales. Se trata de garantizar de manera efectiva la investigación seria, integral y exhaustiva[72].

En segundo lugar, la investigación debe iniciarse de manera inmediata, en un plazo razonable y ser propositiva, en otras palabras debe ser oportuna en el tiempo y emplear los procedimientos establecidos[73]. Si nos atenemos a los estándares internacionales, las autoridades encargadas de dirigir una investigación de una ejecución

[71] Véase la Resolución 60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 2005, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>

[72] VV.AA., *La debida diligencia en la actuación del Ministerio Público Fiscal en casos de violencia de género, cit.* pp. 49 y ss.

[73] DE LEÓN, G., KRSTICEVIC, V. y BANDO, L., *Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos*, Buenos Aires, CEJIL, 2010, pp. 24 y ss.

extrajudicial, entre otros casos, deben trasladarse al lugar del hallazgo del cadáver de la forma más rápida y custodiar de manera debida las pruebas del escenario del crimen.

En tercer lugar, la investigación debe ser realizada por profesionales competentes y utilizando los procedimientos apropiados[74]. La realización de un examen médico y psicológico completo y detallado de la víctima a cargo de personal idóneo y capacitado, debe ser inmediato, ofreciéndole ser acompañada (si así lo desea) por alguien de su confianza. La evaluación del riesgo ayuda a determinar el nivel de protección que se debe proporcionar a la víctima a fin de garantizar la seguridad de la misma.

En cuarto lugar, toda investigación debe basarse en la independencia e imparcialidad de las autoridades investigadoras[75]. Sin duda, son dos principios básicos de toda investigación. La neutralidad e independencia son esenciales en el desempeño de sus funciones en tanto en cuanto significa, en buena medida, la imparcialidad, la cual aumenta en el momento en el que se aplican las correspondientes medidas de incompatibilidades e inmunidades[76]. Los miembros responsables de una investigación deben ser independientes y objetivos respecto de los poderes públicos sobre los que realizan el control. Ello implica que no deben manifestar interés político, ni comercial o financiero ni de otro tipo a nivel personal, profesional o familiar. No deben tampoco aceptar instrucciones del Estado bajo control, ni aceptar distinciones de las autoridades de ningún Estado, así como abstenerse de participar en actos que puedan inducir a error o duda sobre la independencia e imparcialidad de su persona.

En quinto lugar, las estructuras del Estado deben garantizar una adecuada coordinación de todos los actos, documentando y manejando de modo diligente la prueba. De hecho hay que tomar muestras suficientes, realizar análisis para determinar la posible autoría del hecho, asegurar otras pruebas como la ropa de la víctima, la investigación inmediata del lugar de los hechos y garantizar la correcta cadena de custodia, en la medida en que sea necesario y posible[77].

En sexto lugar, la investigación debe agotar todos los medios para esclarecer la verdad de los hechos y proveer castigo a los responsables, esto es, la investigación debe

[74] Ibid., pp. 28 y ss.
[75] Ibid., pp. 29 y ss.
[76] Sobre tales medidas aplicadas a jueces internacionales véase MANIN, A., "De quelques autorités internationales indépendentes", *AFDI*, 1989, pp. 229 y ss.
[77] Como fue reconocido por la Corte IDH, Caso Véliz Franco y Otros vs. Guatemala, Sentencia de 19 de mayo de 2014. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párs. 191 -198.

ser exhaustiva y pública[78]. El principio de publicidad del proceso queda estipulado en la Convención Americana, en su artículo 8.5, y se erige en una obligación de todo proceso[79].

En séptimo lugar, debe garantizar la participación de las víctimas y familiares[80]. La declaración de la víctima debe tomarse en un ambiente cómodo y seguro que le brinde privacidad y confianza, y deberá ser registrada de forma tal que se evite o limite la necesidad de su representación. La evaluación de las declaraciones de las mujeres que hayan sufrido actos de violencia debe ser realizada prescindiendo de prejuicios y estigmas. La Corte IDH ha reconocido que "los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho de las víctimas o sus familiares de participar en todas las etapas de los (procesos judiciales), de manera que pueden hacer planteamientos, recibir informaciones, aportar pruebas, formular alegaciones y, en síntesis, hace valer sus derechos"[81]. Se reconoce la participación de las víctimas en el proceso interno y el acceso a todas las actuaciones de la investigación, así como el acceso a las personas procesadas a que puedan ejercer el derecho de defensa de conformidad con la legislación interna y los estándares internacionales en materia de derechos humanos. En todo caso, reconocer a las víctimas y sus historias, y saber la verdad es una de las funciones principales de la justicia y es esencial para lograr una coexistencia pacífica, además de ser un primer paso para la reconciliación[82].

En definitiva, la obligación del Estado de prevenir, sancionar y reparar las violaciones de los derechos de las mujeres implica y supone reconocer y respetar los derechos de las víctimas. La impartición de justicia, enmarcada fundamentalmente en los principios de transparencia, publicidad y acceso a la información, es clave para fortalecer la confianza ciudadana en las instituciones de justicia y en sus resoluciones, y para la búsqueda de justicia para las víctimas y sus familias.

---

[78] DE LEÓN, G., KRSTICEVIC, V. y BANDO, L., *Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos*. *cit*., p. 32.
[79] Véanse los trabajos compilados en BIANCHI, A. y PETERS, A. (eds.), *Transparency in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 502 y ss.
[80] DE LEÓN, G., KRSTICEVIC, V. y BANDO, L., *Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos*. *cit*., p. 33.
[81] Corte IDH, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, Sentencia de 20 de octubre de 2016. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, pár. 376.
[82] DOUGLAS, L., *The Memory of Judgment: Making Law and History in the Trials of the Holocaust*, Yale University, 2001

5. CONCLUSIONES

La diligencia debida despierta un creciente interés por su transversalidad, por su aplicación a todos los casos de transgresiones de los derechos humanos, así como a otros campos como el derecho de inversiones o el derecho económico. Al menos, su análisis sirve para establecer pautas que puedan guiar el análisis de obligaciones del Estado que afecten a los derechos humanos, al mismo tiempo que desarrollar estándares internacionales ligados a la defensa de los derechos humanos. Tales obligaciones encuentran sus orígenes en la Declaración Americana.

La lucha contra la violencia ha sido intensa en las últimas décadas y ha generado una serie de cambios como por ejemplo en el número de instrumentos en los que se exhorta a los Estados a tomar las medidas necesarias para prevenir, investigar, sancionar y reparar cualquier acto contrario a las obligaciones internacionales contraídas, o la invocación de dicho principio en la propia jurisprudencia de la Corte IDH[83] o la Corte Internacional de Justicia[84]. Más aún, los órganos de Naciones Unidas o los órganos del sistema interamericano han exigido a los Estados la ejecución de las obligaciones contraídas en tratados internacionales. Los gobiernos de los Estados que pretendan erigirse en democracias avanzadas deben incorporar procedimientos conforme a los estándares mínimos internacionales de prevención, investigación, sanción y reparación de actos contrarios a los derechos humanos y libertades fundamentales.

Tras más de setenta años, la Declaración Americana sigue estando vigente precisamente por la correlación de derechos y deberes (una característica diferenciadora de la filosofía política y del derecho constitucional latinoamericano desde comienzos del siglo XIX), así como por la amplia enunciación de derechos económicos, sociales y culturales[85]. Estos elementos informan el derecho internacional de los derechos humanos

[83] Véase entro otros casos, Corte IDH, Caso Luna López vs. Honduras, Sentencia de 10 de octubre de 2013. Fondo, Reparaciones y Costas, pár. 156, en el que se recoge: "Los jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encauzar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad", ya que de lo contrario, "se conduce a la violación de la obligación internacional del Estado de prevenir y proteger los derechos humanos y menoscabar el derecho de la víctima y de sus familiares a saber la verdad de los sucedido, a que se identifique y se sancione a todos los responsables y a obtener las consecuentes reparaciones".

[84] Corte Internacional de Justicia, Caso de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina v. Uruguay). Sentencia de 20 de abril de 2010, pár. 197.

[85] Sobre la particularidad de la Declaración Americana y su influencia en la Declaración Universal de Derechos Humanos véanse GLENDON, M.A., "The Forgotten Crucible: The Latin American Influence on the Universal Human Rights Idea", *Harvard Human Rights Journal*, 2003, vol. 16, pp. 27-39, y NIKKEN,

y hacen que la Declaración Americana sea un instrumento útil en la práctica contemporánea.

P., "La Declaración Universal y la Declaración Americana. La Formación del Moderno Derecho internacional de los derechos humanos", *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 1989, pp. 86 y ss.

6. BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS SÁEZ DE SANTA MARÍA, P. et al, *Comentarios a la ley de Tratados y otros Acuerdos internacionales: (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)*, Pamplona, Thomson Reuters/Civitas, 2015.

BELL, Ch., *Peace Agreements and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

BENNOUNA, M., "Truth, Justice and Amnesty", en VOHRAH, L. Ch., et al. (eds.), *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 2003, pp. 136-178.

BIANCHI, A. y PETERS, A. (eds.), *Transparency in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

BIGGAR, N. (ed.), *Burying the Past. Making Peace and doing Justice after Civil Conflict*, Washington, Georgetown University Press, 2001.

BÖCKENFÖRDE, E.W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.

BUERGENTHAL, Th., "La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanios*, nº especial en Conmemoración del 40 Aniversario de la Declaración Americana de Derechos Humanos, 1989, pp. 111–119.

CALDERÓN, J. y RECINOS, J.D., "Frente a la violencia de género: deberes de prevención en contextos contra la mujer e investigación en conflicto armado. Desarrollos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en RAIMONDI, G., MOTOC,I., PASTOR VILANOVA, P. Y MORTE, C. (eds.), *Human Rights in a Global World. Liber amicorum Judge Luis López Guerra*, The Netherlands, WLP, 2018, pp. 305 -328.

CAPALDO, G., SIECKMAN, J. Y CLÉRICO, L. (eds.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, EUDUBA, 2012.

CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR, E., "Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2015, nº 9, pp. 26–48.

CAROZA, P.G., "From conquest to constitutions: retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights", *Human Rights Quarterly*, 2003, vol. 25, pp. 281-313.

CERNA, C.M., "Reflections on the Normative Status of the American Declaration of the Rights and Duties of Man", *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2009, pp. 1211-1238.

COOK, R. y CUSACK, S., *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Bogotá, Profamilia, 2010.

DE LEÓN, G., KRSTICEVIC, V. y BANDO, L., *Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos*, Buenos Aires, CEJIL, 2011.

DEMBOUR, M-B. y HASLAM, E., "Silencing Hearings ? Victim-Witnesses at War Crimes Trials", *EJIL*, 2004/1, vol. 15, pp. 151–178.

DOUGLAS, L., *The Memory of Judgment: Making Law and History in the Trials of the Holocaust*, Yale University, 2001.

DULITZKY, A.E., "An Inter-American Constitutional Court? The Intervention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights", *Texas International Law of Human Rights*, 2015, vol. 50, pp. 45–93.

ESTRADA-HOLLENBECK, M., "The Attainment of Justice through Restoration, Not Litigation: The Subjective Road to Reconciliation", en ABU NIMER, M. (ed.), *Reconciliation, Justice and Coexistence*, Oxford, Lexington Books, 2001, pp. 66 -93.

FENWICK, Ch. G., "The Ninth International Conference of American States", *The American Journal of International Law*, 1948, vol. 42, pp. 553- 567.

FERNÁNDEZ LIESA, C.R., *El derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Pamplona, Thomson Reuters, 2013.

FERNÁNDEZ LIESA, C.R., y LÓPEZ-JACOISTE, E. (eds.), *Empresas y Derechos humanos*, Pamplona, Aranzadi, 2017.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., *Las obligaciones de los Estados en el Marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1987.

FIX-ZAMUDIO, H., "El Derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos humanos", *Revista Latinoamericana de Derecho*, 2004, pp. 141-180.

FREIXES SANJUÁN, T., "Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa", *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerol*, 1995, nº 11/12.

GAMARRA CHOPO, Y., "La política de los derechos y de las libertades en las reformas del sistema interamericano", *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2013, pp. 291-326.

GARCÍA RAMÍREZ, S., "Control de convencionalidad", *Ciencia Jurídica*, 2016, pp. 133-138.

GLENDON, M.A., "The Forgotten Crucible: The Latin American Influence on the Universal Human Rights Idea", *Harvard Human Rights Journal*, 2003, vol. 16, pp. 27-39.

GOLDSTONE, R., "Justice as a Tool for Peace-Making: Truth Commissions and International Criminal Tribunals", *NYU Journal of International Law and Policy*, 1996, vol. 28, pp. 485–503.

GOS, T., "La responsabilidad de respetar los derechos humanos y el establecimiento del deber de debida diligencia como una obligación legal para las industrias extractivas: desafíos y oportunidades en las Américas", *Am. U. Int' L. Rev*., 2016, pp. 859-893.

GROS ESPIELL, H., *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991.

GROSS ESPIELL, H., "La Declaración Americana: raíces conceptuales y políticas en la Historia, la Filosofía y el Derecho Americano", *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 1989, pp. 41-61

HASSELBACHER, L., "State Obligations Regarding Domestic Violence: The European Court of Human Rights, Due Diligence, And International Legal Minimums of Protection", *Northwestern University Journal of International Human Rights*, 2009, pp. 190-215.

HENDERSON, H., "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*", *Revista IIDH*, 2004, pp. 71-99.

JIMÉNEZ ARECHAGA, E., "La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno", *Boletin da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, 1987-1988, pp. 35-55.

JIMÉNEZ GARCÍA, F., "La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida. Reflexiones a raíz de los crímenes "feminicidas" de Ciudad Juárez", *Revista Española de Derecho internacional*, 2011, vol. 63/2, pp. 11-50.

LOZANO CONTRERAS, F., *La noción de debida diligencia en la codificación y la jurisprudencia internacionales*. Tesis Doctoral, Universidad de Alicante, 2005.

MANIN, A., "De quelques autorités internationales indépendantes", *AFDI*, 1989, pp. 229 -259.

MARES, R. (ed.), *The UN Guiding Principles on Businness and Human Rights. Foundations and Implementations*, Leiden, Brill, 2012.

MARTÍN-ORTEGA, O., *Empresas multinacionales y derechos humanos*, Barcelona, Bosch, 2008.

MEDINA QUIROGA, C., La *Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005.

MEDINA QUIROGA, C., *The Battle of Human Rights. Gross systematic violations and the Inter-American System*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1998.

MÖLLER, K., *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford Constitutional Theory, 2012.

NIKKEN, P., "La Declaración Universal y la Declaración Americana. La Formación del Moderno Derecho internacional de los derechos humanos", *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 1989, pp. 65-99.

PASTOR RIDRUEJO, J.A., "La protección jurisdiccional de los derechos humanos: una comparación entre el Tribunal europeo y la Corte Interamericana", *Revista Electrónica Iberoamericana*, 2007, vol. I, nº 1, pp. 5-13.

PÉREZ TREMPS, P., *Escritos sobre justicia constitucional*, México, Porrúa, 2005.

POSNER, E., *The Twilight of Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

QUINCHE RAMÍREZ, M., *El control de la convencionalidad*, Bogotá, Temis, 2017 (3ª ed.).

REY CANTOR, E., *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008.

ROHT-ARRIAZA, N., "State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in Internatonal Law", *California Law Review*, 1990, vol. 78, pp. 449-513.

SAGÜES, N.P., "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", *Estudios constitucionales*, 2010, pp. 117-136.

SALOMÓN, E. y BLANCO, C., *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de democracia y derechos humanos, 2014.

SCHUTTER, O. de (ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, Hart Publ., 2006.

SHELTON, D., "Prohibición de Discriminación en el Derecho internacional de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, 2008, pp. 15-39.

STEINER, H.J., ALSTON, Ph. y GOODMAN, R., *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 3ª ed.

SUDRÉ, F., *A propos du "dialogue de juges" et du contrôle de conventionalité*, París, Pedone, 2004.

TORRES ZÚÑIGA, N., "Control de convencionalidad (en el Sistema Interamericano de Der3echos Humanos), *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2015, nº 9, pp. 186–194.

VV.AA., *La Debida Diligencia en la actuación del Ministerio Fiscal en casos de violencia de género*, CEJIL, 2013.

WOERNER, Jr. y FRANK, F., *A History of the Ninth Inter-American Conference* (Tesis doctoral), Bogotá, 1965.

7. RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH, Caso Gódinez Cruz, Sentencia, 20 de enero de 1989. Fondo.

Corte IDH, Caso El Amparo vs. Venezuela, Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Reparación y Costas.

Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH, Caso Myrna Chang vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas),

Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. México. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH, Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Excepción Preliminar y Fondo.

Corte IDH, Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, Sentencia de 4 de julio de 2007. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH, Caso García Prieto y Otros vs. El Salvador. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas

Corte IDH, Caso Perozo y Otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH, Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Sentencia de 28 de enero de 2009. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH, Caso Kawas Ferrnández vs. Honduras. Sentencia de 3 de abril de 2009. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH, Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

Comisión IDH, Caso Jessica Lenahan (Gonzales) y otros. Caso nº 12626. Informe 80/11 de 21 de junio de 2011.

Corte IDH, Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH, Caso Peralta Suárez vs. Ecuador, Sentencia de 21 de mayo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte IDH, Caso Luna López vs. Honduras, Sentencia de 10 de octubre de 2013. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH, Caso Véliz Franco y Otros vs. Guatemala, Sentencia de 19 de mayo de 2014. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, Sentencia de 20 de octubre de 2016. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH, Medio ambiente y Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia (Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal Interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1 en relación con los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Revista Electrónica Iberoamericana ISSN: 1988 - 0618
http://www.urjc.es/ceib/ Vol. 13, Edición Especial, 2019

LA DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE Y LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

THE BOGOTA DECLARATION AND THE NON STATES PARTIES TO THE INTERAMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Francisco Bariffi[1]

Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina

RESUMEN

El presente trabajo ofrece un analisis de la Declaración Americana (Declaración de Bogotá de 1948) con el objeto de destacar su evolución como instrumento jurídico internacional el cual fuera concevido como un mero documento de recomendaciones políticas a los Estados miembros de la OEA hasta convertirse progresivamente en un verdadero instrumento de referencia institucional y generador de verdaderas obligaciones jurídico-internacionales.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, Sistema Interemericano, Declaración Americana, Convención Interamericana, Comisión Interamericana, Corte Interamericana, derecho consuetudinario regional.

ABSTRACT

This articles offers an analysis of the American Declaration (Bogota Declaration of 1948) with the purpose of highlighting its evolution as an international legal instrument originally conceived as a mere document of recommendations to member States of the OAS until becoming progressively as a institutional referential instrument source of legal international obligations.

[1] Profesor de Derecho Internacional Público e Integración de la Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina). Contacto: bariffi@mdp.edu.ar.

KEYWORDS: Human rights, Interamerican System, American Declaration, Interamerican Convention, Interamerican Commission, Interamerican Court, regional customary law.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LA CREACIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. II. LA ADOPCIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. III. LA DECLARACIÓN AMERICANA EN EL CONTEXTO DEL ACTUAL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. IV. EL VALOR JURÍDICO DE LA DECLARACIÓN AMERICANA. V. LA DECLARACIÓN AMERICANA COMO FUENTE CONSUETUDINARIA REGIONAL. VI. CONCLUSIONES.

* * *

INTRODUCCIÓN

Este 2018 nos dejó mi querido maestro Fernando Mariño. Tuve el gran privilegio de compartir grandes conversaciones llenas de conocimientos y anécdotas que guardo muy profundamente en mis recuerdos. Su afilado ojo académico le permitía hacer devoluciones precisas y certeras que siempre resultaron de vital importancia para mis trabajos y mi tesis doctoral. Dueño de un humor ácido e inteligente siempre lograba que en cada encuentro brotara en mí una carcajada. Me siento afortunado de considerarme tu discípulo querido maestro porque te he admirado y seguido desde el primer momento que nos conocimos. Ten seguro que tus enseñanzas y tu visión de la academia serán trasmitidas a quienes en su momento se acerquen a este humilde profesor.

Es sabido que el proceso fundacional de las Naciones Unidas se vio virtualmente replicado, a nivel regional del continente Americano, con la creación de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en el marco de la Novena Conferencia Internacional Americana llevada a cabo en Bogotá a principios de 1948, y que se saldó con la adopción de la Carta de la OEA, la cual entró en vigencia el 13 de diciembre de 1951.[2]

[2] La Novena Conferencia Internacional Americana, que reunió a 21 Estados en Bogotá, Colombia, en 1948, adoptó la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (“Pacto de Bogotá) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Conjuntamente con la creación de la OEA, la citada Novena Conferencia Internacional Americana, también aprueba la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana) constituyéndose en el primer instrumento internacional emanado del consenso de un grupo de Estados congregados bajo una organización internacional.[3] Con ello, el sistema de organización regional se adelanta al proceso en el sistema universal de las Naciones Unidas cuya Asamblea General aprueba la histórica Declaración Universal de Derechos Humanos (Declaración Universal) en diciembre de dicho año. [4]

Por su parte, en el ámbito regional europeo el proceso de positivización de derechos humanos se produce de un modo muy diverso puesto que a diferencia del sistema universal y del sistema interamericano el consenso europeo se incardina más allá de una declaración hacia la adopción de un instrumento jurídicamente vinculante y la creación de instituciones supranacionales de control. Ello se logra con la creación del Consejo de Europa en 1949 y la adopción del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio Europeo) en 1950.[5]

En resumidas cuentas, tenemos tres ámbitos de desarrollo normativo e institucional que parten de un mismo momento histórico en el cual se hace presente con fuerza la necesidad por parte de la comunidad internacional de abordar la cuestión de los derechos humanos a nivel supranacional, pero que, con posterioridad a ello, tienen un desarrollo normativo e institucional muy diferente. Así pues mientras el sistema interamericano toma el liderazgo con la adopción de la Declaración Americana, no es hasta fines de los años 60s que logra los consensos necesarios para la adopción de un instrumento jurídicamente vinculante con la adopción de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Convención Intermaericana) también llamada Pacto de San José

[3] GROS ESPIELL, H., "La Declaración Americana: Raíces conceptuales y políticas en la historia de la filosofía y el derecho americana", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Número Especial, 1989
[4] NIKKEN, P., "La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos,* Vol. 52, 2010, p. 54 y ss.
[5] Ídem, p. 95.

de Costa Rica, y recién hacia fines de los años 80s que logra poner en funcionamiento y órgano de base jurisdiccional.[6]

Esta breve introducción tiene como objetivo poder ilustrar el contexto de la Declaración Americana en su momento de adopción para luego entender el proceso de desarrollo regional y comparativo subsiguiente, lo cual evidenciará, la particular importancia que ha tenido, y sigue teniendo este instrumento para el sistema regional interamericano. Como señalan Hitters y Fappiano, "…*en sus orígenes este documento no tuvo fuerza obligatoria pero, con el tiempo, a raíz de "hechos sobrevinientes", tales como la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la práctica de este órgano, varió aquella postura inicial*…".[7]

I. LA CREACIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La naturaleza jurídica y orgánica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) resulta de vital importancia para entender el valor jurídico de la Declaración Americana respecto de los Estados miembros de la OEA. El Carta originaria de la OEA adoptada en 1948 no preveía ningún órgano especializado en materia de derechos humanos pese a la adopción de la Declaración Americana de forma conjunta como se ha señalado más arriba.

Desde su adopción en 1948 hasta la creación de la Comisión en 1959 la Declaración Americana constituyó un mero instrumento de derecho blando con gran significación ideológica y simbólica aunque con escaso valor jurídico. En el apartado VIII (II) de la Declaración de Santiago las delgaciones presentes de la OEA resuelven "… *Crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se compondrá de siete miembros, elegidos a título personal de ternas presentadas por los gobiernos, por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos, encargada de promover el*

[6] Convención Americana sobre Derechos Humanos suscripta en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969, Serie de Tratados OEA n° 36.
[7] HITERS, J. C. y FAPPIANO, O. L., *Derecho Internacional de los Derechos Humano*s, Tomo I. Volumen 1, Ediar, Buenos Aires, 2º Edición, 2012, p. 393.

respeto de tales derechos, la cual será organizada por el mismo Consejo y tendrá atribuciones específicas que este le señale...".[8]

El Consejo aprobó el primer estatuto de la Comisión el 25 de mayo de 1960 pero debido a la insuficiencia de facultades y de atribuciones consignadas en el estatuto, se le permitió ampliar sus funciones y sus capacidades a través de la reforma del mismo en abril de 1966. La principal modificación fue la atribución de la facultad de examinar peticiones individuales, y en dicho marco, formular recomendaciones específicas a los Estados miembros.[9] En virtud de ello, la Comisión hizo recomendaciones sobre la base de peticiones que alegaban violaciones a ciertos derechos civiles y políticos de la Declaración Americana (derecho a la vida, igualdad ante la ley, libertad de religión, libertad de expresión, libertad frente a la detención arbitraria y debido proceso).[10]

El protocolo de Buenos Aires de 1967, mediante el cual se modifica el texto de al Carta de la OEA, marca un punto de inflexión para la Comisión, y de forma indirecta para la naturaleza jurídica de la Declaración Americana. El citado protocolo en su art. XII enmienda la Carta originaria de la OEA incorporando en el nuevo texto el artículo 51 (actual 53) sobre órganos, y en su inciso e) a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que en virtud de ello, pasa a ser parte de los órganos principales de la OEA.[11]

Asimismo, el protocolo en su art. XV introducía el art. 112 (actual 106) en el nuevo texto de la Carta el cual señala que "....*Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia...*". Adicionalmente el art. XXIII introducía en la Carta el art. 150 (actual 145) el cual establece que "...*mientras no entre en vigor la convención interamericana sobre derechos humanos a que se refiere el*

[8] V Reunión Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores - Santiago, Chile - Agosto 12 al 18, 1959.
[9] SANTIAGO, A. y FERRARI, G., "Los derechos humanos en la tradición jurídica americana", *Revista El Derecho*, Nº 14.427, año LVI, 2018, p. 5.
[10] NOWAK, M., *Introducción el régimen internacional de los derechos humanos*, Universidad de Buenos Aires, 1ª Edición, Buenos Aires, 2009, p. 252.
[11] Protocolo de Buenos Aires de Reforma de la Carta de la OEA, Suscrito en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, Buenos Aires, Argentina 27 de febrero de 1967.

capítulo XVIII, la actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos velará por la observancia de tales derechos....".[12]

Consecuentemente, la reforma de 1967 supone la incorporación de la Comisión como órgano principal de la OEA, y "*obviamente esa anexión importó también que el estatuto de dicha comisión formara parte implícitamente de la Carta*".[13] Como vimos más arriba, el mencionado estatuto ya desde 1966, señalaba en el art. 2 que por derechos humanos debía entenderse "*los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*". Por ello, desde la entrada en vigor de la Reforma de la Carta el 27 de febrero de 1970 hasta la entrada en vigor del la Convención Americana el 18 de julio de 1978 la Comisión tuvo competencia respecto todos los Estados Miembros de la OEA para ejercer sus funciones, incluída la de examinar peticiones individuales, en virtud de los derechos y deberes establecidos en la Declaración Americana.

II. LA ADOPCIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La adopción de la Convención Interamericana en 1969, y su entrada en vigor casi una década despúes en 1978, supone un cambio sustancial en el marco regional de promoción y protección de derechos humanos. Se podría decir que con la Convención Interamericana se consolida un verdadero "sistema" regional de derechos humanos.

El denomiando sistema interamericano de derechos humanos queda entonces conformado por dos organos especializados uno de ellos de naturaleza administrativa, esto es la Comision, y el otro de naturelaza jurisdiccional, esto es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Intearmericana).

Respecto de la Comisión, la Convencion Interamericana amplia el ambito de competencia *ratione materiea*, en tanto que conforme señala su art. 33, la misma pasa a ser tener competencia "*para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes*". Ello es luego refleajado en el reforma de su estatuto en 1979 cuyo vigente art. 1 inciso 2º establece: "...*Para los fines*

[12] Ídem.
[13] HITERS, J. C. y FAPPIANO, O. L., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, op. cit. P. 394.

del presente Estatuto, por derechos humanos se entiende: a. los derechos definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los Estados partes en la misma; b. los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en relación con los demás Estados miembros".[14]

Asimismo la Convención Interamericana no solo amplia la competencia material de la Comisión sino que también reglamenta un procedimiento específico frente a denuncias individuales o por parte de Estados (cfr. Arts. 44 y 45), que si bien tiene como principal objetivo hacer cesar las presuntas violaciones y llegar a acuerdos amigables, puede concluir con la elaboración de un informe en el cual la Comision tiene competencia para determinar si ha existido incumplimiento de obligaciones covencionales por parte del Estado damandado, y eventualmente, remitir la cuestión a la Corte Interamericana (cfr. Arts. 51 y 51), siempre que el Estado en cuestión haya aceptado la competencia del organo jurisdiccinal de conformidad con lo señalado por el art. 62.

III. LA DECLARACIÓN AMERICANA EN EL CONTEXTO DEL ACTUAL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

En la actualidad han ratificado la Carta, y por ende son miembros de la OEA, un total de 35 Estados Americanos, es decir, todos los Estados independientes y reconocidos como sujetos de derecho internacional de la región forman parte de esta organización. Del total de Estados miembros del la OEA 25 de ellos han ratificado o adherido a la Convención Interamericana, aunque dos de ellos han denunciado el instrumento posteriormente.[15] Asimismo de los 25 Estados miembros de la Convención Interamericana, 22 de ellos han aceptado la competencia de la Corte Interamericana, y tres de ellos han renunciado a la misma con posterioridad a la manifestación del consentimiento.[16]

[14]Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Aprobado mediante la Resolución Nº 447 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.
[15] Trinidad y Tobago denunció a la Convención Americana sobre Derechos Humanos por medio de un comunicado dirigido al Secretario General de la OEA el 26 de mayo de 1998. Igualmente lo hizo Venezuela en el 2012.
[16] Trinidad y Tobago el 26 de mayo de 1999; Venezuela el 10 de septiembre de 2012; República Dominicana el 4 de noviembre de 2014.

Consecuentemente el marco de competencias en razón del sujeto y en razón de la materia del sistema interamericano de derechos humanos se conforma del siguiente modo:

i) Respecto de todos los Estados miembros de la OEA solo la Comisión como órgano principal de la Organización tiene la facultad de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia, incluido, la facultad de examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible; dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados miembros no partes en la Convención con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y formularles recomendaciones, cuando lo considere apropiado, para hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales. Dichas funciones las ejerce tomando como ámbito normativo los derechos humanos recogidos en la Declaración Americana de 1948.

Lo señalado precedentemente encuentra su base jurídica en los Arts. 53(e), 106, y 145 de la Carta de la OEA, en los Arts. 1(1), 1(2)(b), 18 y 20 del Estatuto de la Comisión,[17] y en los art. 23, 51 y 52 del Reglamento de la Comisión.[18] Consecuentemente, se podría señalar que este marco de actuación de la Comisión es el más amplio de todos los previstos por el Sistema Interamericano en tanto que abarca a todos los Estados Miembros y incluye todos los derechos amparados por la Declaración Americana, que como se ha señalado, no sólo recoge derechos civiles y políticos, sino también derechos económicos, sociales y culturales. Como contrapartida, se podría señalar que este procedimiento es asimismo el más "débil" en cuanto a las medidas que efectivamente puede tomar la Comisión, así como respecto del derecho aplicable ya que en la Declaración Americana los derechos recogidos se encuentran redactados de un modo más bien genérico y con carácter de recomendaciones.

ii) Respecto de los Estados miembros de la OEA que hayan ratificado o adherido a la Convención Interamericana, además de las funciones genéricas que le asigna la Carta, la Comisión tiene funciones específicas relacionadas con el cumplimiento de las

[17] Aprobado mediante la Resolución Nº 447 (IX-O/79) adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, 31 de octubre de 1979.
[18] Aprobado por la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009; y modificado el 2 de septiembre de 2011 y en su 147º período ordinario de cesiones, celebrado del 8 al 22 de marzo de 2013, para su entrada en vigor el 1º de agosto de 2013.

obligaciones recogidas en dicho tratado. A modo de ejemplo la potestad de solicitar a los Estados miembro informes sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de la Convención Interamericana, así como la potestad de recibir peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de la Convención Interamericana por un Estado parte, y la potestad de recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la Convención Interamericana.

Lo señalado precedentemente encuentra su base jurídica en los Arts. 53(e), 106, y 145 de la Carta de la OEA, en los Arts. 43, 44 y 45 de la Convención Interamericana, en los 1(1), 1(2)(a), en los Arts. 18 y 19 del Estatuto de la Comisión, y en los Arts. 23 a 50 del Reglamento de la Comisión. El marco de actuación de la Comisión en este punto es mucho más riguroso en términos jurídicos, puesto que si bien se acotan la nómina de derechos amparados, en los casos de denuncias entre un particular y un Estado miembros, o entre Estados miembros, la Comisión tienen la potestad de analizar eventualmente si existe incumplimiento de una obligación internacional, y una posible responsabilidad internacional. Aunque el informe de la Comisión carezca de fuerza vinculante u obligatoriedad para el Estado condenado, la misma tiene la potestad de remitir la cuestión al órgano jurisdiccional del sistema quien podrá eventualmente condenar al Estado y determinar su responsabilidad internacional.

iii) Respecto de los Estados miembros de la OEA, y Estados parte de la Convención que hayan declarado que reconocen como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención, la Comisión tienen la potestad de someter el caso analizado previamente conforme lo señalado en el apartado precedente, a la Corte Interamericana.

Lo señalado precedentemente encuentra su base jurídica en los Arts. 53(e), 106, y 145 de la Carta de la OEA, en los Arts. 43, 44, 45, 51, 61, 62, y 63 de la Convención Interamericana, en los 1(1), 1(2)(a), en los Arts. 18 y 19 del Estatuto de la Comisión, y en los Arts. 23 a 50 del Reglamento de la Comisión, arts. 1 y 2 del Estatuto de Corte Interamericana[19]. El marco de actuación de la Comisión y de la Corte en este punto es de

[19] Aprobado mediante Resolución Nº 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

naturaleza jurisdiccional y por ello requiere de aceptación expresa por parte del Estado miembro de la Convención, en tanto que, la Corte finalmente emitirá un fallo en el cual determinará la responsabilidad internacional del Estado, pudiendo tomar todas las medidas previstas en el propio tratado, así como aquellas que surgen de las normas de derecho internacional general en materia de responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito (cfr. Arts. 66 a 69 de la Convención Interamericana).

IV. EL VALOR JURÍDICO DE LA DECLARACIÓN AMERICANA

Habiendo analizado los diferentes supuestos de actuación de los órganos competentes para adoptar medidas de control o jurisdiccionales por parte del sistema interamericano de derechos humanos, corresponde en este apartado analizar la naturaleza o valor jurídico de la Declaración Americana para los Estados no miembros del Convención Interamericana. Cabe aclarar que si bien la Declaración Americana quedaría virtualmente subsumida y ampliada respecto de los Estados miembros de la Convención Interamericana, ello sería principalmente respecto de los derechos civiles y políticos, pero quedaría aún un valor remanente de la Declaración Americana incluso respecto de Estados miembros de la Convención en relación de los compromisos relativos a derechos económicos, sociales y culturales.[20]

Como se ha señalado más arriba, la Declaración Americana ha ido mutando gradualmente su fuerza jurídica hasta convertirse, conforme sostiene un parte de la doctrina, en un cuerpo normativo que goza hoy de efecto vinculante.

Entre 1948 y 1959 la Declaración no tuvo una significación importante ni influyó en el progreso del respeto de los derechos humanos en el Continente. Entre 1959 y 1969 el establecimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, su primer estatuto de 1960, el comienzo de sus actividades y la referencia a las normas de la

[20] Si existe un instrumento jurídico vinculante en materia de derechos, económicos, sociales y culturales, denominado Protocolo de San Salvador de 1988, el mismo no se encuentra alcanzado por la competencia de la Comisión y de la Corte en sus procedimientos de reclamaciones individuales. Para el monitoreo del cumplimiento de estos derechos por los Estados, el Protocolo de San Salvador introdujo un procedimiento de informes de Estados basado en los modelos de la ONU y de la Carta Social Europea. NOWAK, M., *Introducción el régimen internacional de los derechos humanos,* op. cit., p. 253.

Declaración en el trabajo de promoción y protección a cargo de la Comisión, hicieron que la Declaración adquiriera nuevas posibilidades e importancia.[21]

Consecuentemente, y conforme señala Nikken "…*a la luz de la evolución de las distintas disposiciones de la OEA concernientes a los derechos humanos y de la práctica que, con la aprobación de los Estados, ha desarrollado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha planteado la cuestión de su valor obligatorio actual*….".[22]

Analicemos los hechos sobrevinientes a la adopción de la Declaración los cuales han ido progresivamente dotando a la misma de su actual fuerza vinculante.

En primer lugar, como se ha visto más arriba, la creación de la Comisión y la adopción de su estatuto le proporciono a la Declaración Americana un cierto valor jurídico en la medida que la misma pasó a conformar la base normativa de referencia de actuación de dicho órgano regional.

En segundo lugar, la incorporación de la Comisión como órgano principal de la OEA a través del Protocolo de Buenos Aires, y la consecuente modificación de su estatuto, el cual le permitió recibir y analizar comunicaciones sobre violaciones de derechos humanos por parte de individuos, le imprimió a la Declaración Americana de una mayor fuerza normativa.

En tercer lugar, y como consecuencia de lo señalado precedentemente, la práctica de la Comisión fue reafirmando y afianzando a la Declaración Americana como una fuente de obligaciones jurídico-internacionales. Como bien destaca Nikken "….*desde su instalación la Comisión ha recibido y tramitado comunicaciones individuales sobre violaciones a los derechos proclamados por la Declaración Americana. Ha solicitado información de los Estados y ha obtenido frecuentemente respuesta. Ha practicado observaciones in loco por invitación o con la anuencia de los mismos Estados. Ha adoptado resoluciones donde constata violaciones de los derechos consagrados en la Declaración y ha formulado recomendaciones precisas a los gobiernos involucrados. Esas resoluciones, finalmente, han sido publicadas y remitidas a la Asamblea General de la OEA, la cual, varias veces, ha emitido sus propias resoluciones en las que*

[21] GROS ESPIELL, H., "La Declaración Americana: Raíces conceptuales y políticas en la historia de la filosofía y el derecho americana", op. cit., p. 61.
[22] NIKKEN, P., "La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno derecho internacional de los derechos humanos", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Número Especial, Mayo de 1989, San José de Costa Rica, p.83.

expresamente se alude a la situación de determinados países, cuyos gobiernos han sido señalados como infractores de derechos recogidos en la Declaración…".[23]

En cuarto lugar, la Corte Interamericana en su jurisprudencia y en su rol consultivo se ha expresado claramente a favor del valor jurídico vinculante de la Declaración Americana. La Décima Opinión Consultiva adoptada por la Corte en 1989[24] resume algunos puntos destacables de su visión al respecto, algunos de los cuales, merecen ser destacados a continuación.

Tras recibir diferentes opiniones de Estados miembros de la OEA y otras agencias y organizaciones de la sociedad civil, la Corte comienza por aclarar que "…*la Declaración no es un tratado en el sentido de las Convenciones de Viena porque no fue adoptada como tal…*",[25] aunque sin perjuicio de ello, entiende que tal circunstancia "*…no significa necesariamente que deba llegarse a la conclusión de que la Corte no puede emitir una opinión consultiva que contenga interpretaciones de la Declaración Americana…*".[26]

Acto seguido, la Corte adhiere a la doctrina o principio de la interpretación temporal del derecho internacional (intertemporal law),[27] y con acertado criterio "*…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 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…*".[28]

Puntualiza la Corte que varias disposiciones de la Carta de la OEA "*…atribuyen a la Comisión Interamericana la competencia de velar por los derechos humanos y estos derechos no son otros que los enunciados y definidos en la Declaración Americana…*", [29] y añade que la "*…Asamblea General de la Organización ha reconocido además,*

[23] Idem, p. 83.
[24] 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. Serie A No. 10.
[25] Idem, párrafo 33.
[26] Idem, párrafo 35.
[27] ELIAS, T. O., "The Doctrine of Intertemporal Law", en *The American Journal of International Law*, Vol. 74, No. 2 (Apr., 1980), pp. 285-307.
[28] Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párrafo 37.
[29] Ídem, párrafo 41.

reiteradamente, que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados Miembros de la OEA…".[30] Consecuentemente la Corte, concluye que "…*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, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA*…".[31]

Finalmente, la Corte define y delimita el valor jurídico de la Declaración Americana respecto de Estados que son parte de la Convención Interamericana y respecto de quienes no lo son. En relación con estos últimos la Corte señala "…*para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta (...) 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*…".[32] Respecto de los Estados Partes en la Convención Interamericana, la Corte entiende que "…*la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención. Sin embargo hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29.d), no obstante que el instrumento principal que rige para los Estados Partes en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA*…".[33]

En quinto lugar, también resulta fuente de interpretación relevante respecto del status de los efectos jurídicos de la Declaración Americana, la práctica de los Estados miembros de la OEA. Ello cobra especial importancia en la medida que durante los últimos 20 años la gran mayoría de los Estados miembros de la OEA (principalmente del

[30] (…Por ejemplo, en la resolución 314 (VII-0/77) del 22 de junio de 1977, encomendó a la Comisión Interamericana la elaboración de un estudio en el que "consigue la obligación de cumplir los compromisos adquiridos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre". En la resolución 371 (VIII-0/78) del 1 de julio de 1978, la Asamblea General reafirmó "su compromiso de promover el cumplimiento de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" y en la resolución 370 (VIII-0/78) del 1 de julio de 1978, se refirió a los "compromisos internacionales" de respetar los derechos del hombre "reconocidos por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" por un Estado Miembro de la Organización…), Ídem.
[31] Ídem, párrafo 43.
[32] Idem, párrafo 45
[33] Ídem, párrafo 46.

espacio Latinoamericano) han ido incorporando en su derecho interno por vía de reformas constitucionales, lo que se ha denominado como la doctrina del bloque con constitucionalidad.[34]

Probablemente el caso más claro o explícito lo encontramos en la Constitución Nacional de Argentina, cuya reforma de 1994 incorpora al art. 75 inciso 22 una serie de instrumentos internacional de derechos humanos a los cuales dota de rango constitucional, y expresamente recoge en dicha nómina a la Declaración Americana.[35]

La Constitución de Bolivia señala en su Art. 410(II) que el "*bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país*". Al respecto se ha señalado que "*cuando se sostiene la integración normativa de tratados internacionales de derechos humanos, lo que en realidad se integra al bloque de constitucionalidad es el denominando "corpus iuris internacional*" el cual comprende tanto la Declaración Universal como la Declaración Americana.[36]

Por su parte la Constitución Política de Colombia en su Art. 93 señala que los "tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". En dicho sentido, el Tribunal Constitucional al expedirse sobre la doctrina del bloque de constitucionalidad ha señalado que el mismo se encuentra compuesto por normas y principios.[37]

La Constitución peruana de 1993 dispone en la cuarta disposición final y transitoria que "*Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución*

---

[34] MANILI, L. P., *El bloque de constitucionalidad: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, La Ley, Buenos Aires, 2003; GONGORA-MERA, M. E., "La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano", en *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos* (Bogdandy, A. v., Fix-Fierro, H. y Morales Antoniazzi, M., coords.), México D.F., UNAM, 2014, pp. 301-328.

[35] BIDART CAMPOS, G. J. Compendio de Derecho Constitucional, EDIAR, Buenos Aires, 2005, pp.223-231.

[36] ARIAS LOPEZ, B. W., "Bolivia. Hacia la confluencia de los controles de constitucionalidad y convencionalidad", en *Tratado de control de constitucionalidad y convencionalidad* (AMAYA J. A. Dir.), Tomo2, ASTREA, Buenos Aires, pp. 69-70.

[37] Sentencias C-225/95; C-200/02; C-067/03; C-401/05; C-028/06; C-394/07.

reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú". Si bien no menciona expresamente a la Declaración Americana, resulta evidente que para dicho Estado incluso los instrumentos no vinculantes que forman parte de corpus iuris internacional de derechos humanos tienen fuerza normativa vinculante.

V. LA DECLARACIÓN AMERICANA COMO FUENTE CONSUETUDINARIA REGIONAL

De la que hemos podido ver hasta ahora se pueden esbozar dos claras conclusiones. En primer lugar, que la Declaración Americana no constituye un tratado en virtud del derecho internacional y por ende, no puede considerarse como fuente convencional. En segundo lugar, que si bien la Declaración Americana no tuvo fuerza obligatoria en sus orígenes, a raíz de hechos sobrevinientes ha adquirido efecto vinculante.

Conforme señala Nikken el carácter vinculante de la Declaración Americana puede sostenerse desde dos puntos de vista, esto es, por medio de la incorporación de la Declaración Americana en la Carta de la OEA, y que la Declaración Americana está integrada, al menos parcialmente, al Derecho consuetudinario regional americano.[38]

Como se ha reseñado *ut supra*, a través de diferentes actos normativos tanto de naturaleza convencional, tales como el Protocolo de Buenos Aires o la Convención Interamericana, como de derecho derivado, tales como la adopción de estatutos y reglamentos orgánicos, la Declaración Americana ha pasado a formar parte de la Carta de la OEA. Ello en un sentido muy similar al ámbito de la ONU donde la Declaración Universal, pese a no ser vinculante como instrumento internacional, "*representa una interpretación autorizada del significado del término derechos humanos de la Carta de la ONU*", y por ende, "*todas las actividades de derechos humanos y los mecanismos de la Comisión de Derechos Humanos y otro organismos de las Naciones Unidas, que se*

[38] NIKKEN, P., "La Declaración Universal y la Declaración Americana", op. cit. p. 86.

basan directamente en la Carta, se refieren a la Declaración Universal como un estándar universalmente reconocido por todos los Estados".[39]

Respecto del carácter consuetudinario de la Declaración Americana, Nikken efectúa un análisis riguroso de la práctica y la *opinio iuris* distinguiendo dos períodos. El primero de ellos desde la creación de la Comisión hasta la entrada en vigor del Protocolo de Buenos Aires, y el segundo de ellos desde la entrada en vigor de la Convención Interamericana.[40]

Durante el primer período señala el ex juez de Corte que "…*desde su instalación la Comisión se reconoció competente para examinar las violaciones a la Declaración que pudieran producirse en los países americanos, sea por iniciativa propia, en los casos que revelaran violación flagrante y reiterada de los derechos humanos; sea como consecuencia de una comunicación individual. Para ese examen, dentro de la esfera de competencia de la Comisión se ejercieron, en la práctica, amplias atribuciones. La Comisión podía solicitar información al gobierno del Estado interesado, e incluso pedir su anuencia para trasladarse a su territorio. Al término del procedimiento la Comisión podía formular recomendaciones concretas al gobierno, y, en determinadas condiciones, podía asimismo informar al más alto nivel de la OEA y hacer público su informe*…" Frente al cual concluye que si "…*se comparan estos poderes ejercidos por la Comisión Interamericana con los atribuidos a otras entidades de protección creadas por tratados vigentes o adoptados antes de 1967, se puede apreciar que aquélla trataba las violaciones a la Declaración como infracciones al Derecho internacional*…".[41] En lo que respecta a la *opinio iuris* destaca el referido autor que a la práctica de la Comisión, en los términos que se ha reseñado, se cumplió desde un principio sin la oposición de los Estados Americanos lo cual puede verse asimismo reflejado del mandato transitorio conferido a la Comisión en el art. 150 de la Carta (actual art. 145), puesto que "…*no puede sino concluirse que lo encomendado a la Comisión fue que velara por el respeto a la Declaración Americana, o al menos de los derechos enunciados en los artículos especialmente mencionados en la Resolución XXII, lo que en definitiva expresa concretamente la opinio juris respecto de ésta, puesto que no habría tenido sentido que una convención internacional, como es la Carta de la OEA, encargara a uno de los*

[39] NOWAK, M., *Introducción el régimen internacional de los derechos humanos*, op. cit. p.110.
[40] NIKKEN, P., "La Declaración Universal y la Declaración Americana", op. cit., p. 83.
[41] Ídem, p. 91.

órganos permanentes de ésta de "velar por la observancia' de los derechos contenidos en la Declaración, si los Estados partes en esa convención no hubieran considerado que dichos derechos debían ser obligatoriamente respetados…".[42]

Durante el segundo período, esto es, desde la entrada en vigor de la Convención Interamericana en 1978, el sistema interamericano de derechos humanos quedó configurado mediante dos regímenes que se superponen. Uno, más general, que se infiere de la Carta de la OEA y de la Declaración Americana, cuyo órgano de tutela es la Comisión, y otro, más complejo, que es el contenido en la Convención Interamericana, cuyos órganos de protección son la propia Comisión y la Corte Interamericana. Ahora bien, ambos regímenes tienen su inicio en la Comisión por lo cual corresponde analizar cual es tratamiento que se le imprime a una denuncia sea respecto de un Estado que haya o no ratificado la Convención Interamericana.

Conforme señala Nikken las condiciones de admisibilidad son las mismas para ambos supuestos, al igual que ambos tipos de peticiones están sometidas al mismo trámite inicial, y si surgen cuestiones preliminares relativas a la admisibilidad, deben ser resueltas de la misma manera. Añade el citado autor que la "…*fase de investigación debe también desarrollarse de acuerdo con las mismas previsiones. La solicitud de información al gobierno afectado se formula con base en la misma norma, y el plazo que éste tiene para la respuesta es también idéntico, al igual que las consecuencias de la omisión, por parte del gobierno, en atender oportunamente la mencionada solicitud de información. No existen tampoco diferencias apreciables en cuanto al régimen probatorio*…".[43]

Las diferencias entre ambos procedimientos surgen naturalmente al momento de contemplar las medidas que puede adoptar la Comisión para la solución del caso. Como se ha señalado más arriba, cuando se trata de una petición respecto de un Estado parte de la Convención Interamericana a contempla una serie de pasos sucesivos, que van desde la búsqueda de una solución amistosa a través de la utilización de la técnica de los buenos oficios y la mediación-conciliación, hasta la publicación de su informe o la remisión del caso a la Corte. En resumidas cuentas, conforme concluye Nikken "…*en lo esencial no hay diferencias entre las decisiones que puede adoptar la Comisión respecto de las peticiones referentes a la Convención o a la Declaración. En el primer caso, el informe,*

[42] Ídem, p.95
[43] Ídem, p. 97.

las recomendaciones y la publicación de aquél se extienden a través de un procedimiento de pasos sucesivos, cuyos detalles y complejidades son difícilmente concebibles fuera del Derecho convencional. En el segundo supuesto, las decisiones que pueden adoptarse son en el fondo de la misma naturaleza, pero están previstas con la generalidad que se deduce de un derecho que origina en una práctica reiterada…".[44]

VI. CONCLUSIONES

Como ha podido verse del desarrollo del presente trabajo la Declaración American constituye en la actualidad un instrumento jurídico de derecho internacional de suma importancia tanto ideológica como práctica. Habiendo sido concebida como una mera recomendación y sin las formalidades de un tratado, hechos jurídicos sobrevinientes, entre los que se destaca el desarrollo organizacional de la OEA, así como de la práctica tanto de dichos órganos como por parte de los Estados miembros, han ido transformando su naturaleza jurídica hasta convertirse en una verdadera fuente de obligaciones jurídico-internacionales.

Conforme señala Buerguenthal, el "…*carácter dual de la Declaración -el hecho de que se trata de un instrumento a la vez político y legal- le confiere una condición especial y le permite desempeñar un papel singular dentro del contexto interamericano…*". Frente a lo cual concluye en ex juez de la Corte Interamericana que "*los Estados Americanos reconocieron y dieron por sentado que los derechos esenciales del hombre, es decir, los derechos humanos fundamentales, no se derivan del otorgamiento de esos derechos por parte del Estado, ni tienen su base conceptual en esa presunción; más bien, sostuvieron que esos derechos son inherentes al hombre por su calidad de ser humano. Por ende, el Estado no confiere esos derechos, ni tampoco los puede retirar. La Carta de la OEA, la Declaración Americana y la Convención Americana expresan y comparten este concepto filosófico fundamental acerca de la naturaleza de los derechos humanos…*".[45]

---

[44] Ídem, p. 98.
[45] BUERGENTHAL, T., "La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana de Derechos Humanos", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Número Especial, Mayo de 1989, San José de Costa Rica, pp. 113-114.

Sin desconocer que el ámbito jurídico-político en el que nos hallamos no puede desconocer las reglas y principios que gobiernan el derecho internacional público y las relaciones internacionales, el proceso evolutivo de la Declaración Americana, así como del sistema interamericano de derechos humanos en su conjunto no demuestra, una vez más, que el subsistema del derecho internacional de los derechos humanos se encuentra gobernado por reglas y principios de lex specialis. Conforme destaca Cancado Trindade, "*…resoluciones declaratorias, tales como las referentes a los derechos humanos, no han de ser, así minimizadas: son jurídicamente relevantes, induciendo, influenciando y condicionando la práctica de los Estados, colocándoles en la obligación de considerarlas de buena fe, y dando indicaciones significativas para la verificación de la existencia de una opinio juris…*".[46]

[46] CANÇADO TRINDADE, A. A., "Reflexiones sobre las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos de 1948 con ocasión de su cuadragésimo aniversario", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Número Especial, Mayo de 1989, San José de Costa Rica, p. 125.

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS LOPEZ, B. W., "Bolivia. Hacia la confluencia de los controles de constitucionalidad y convencionalidad", en Tratado de control de constitucionalidad y convencionalidad (AMAYA J. A. Dir.), Tomo2, ASTREA, Buenos Aires.

BIDART CAMPOS, G. J. Compendio de Derecho Constitucional, EDIAR, Buenos Aires, 2005.

BUERGENTHAL, T., "La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana de Derechos Humanos", en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Número Especial, Mayo de 1989, San José de Costa Rica.

CANÇADO TRINDADE, A. A., "Reflexiones sobre las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos de 1948 con ocasión de su cuadragésimo aniversario", en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Número Especial, Mayo de 1989, San José de Costa Rica.

ELIAS, T. O., "The Doctrine of Intertemporal Law", en The American Journal of International Law, Vol. 74, No. 2 (Apr., 1980).

GONGORA-MERA, M. E., "La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano", en Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos (Bogdandy, A. v., Fix-Fierro, H. y Morales Antoniazzi, M., coords.), México D.F., UNAM, 2014.

GROS ESPIELL, H., "La Declaración Americana: Raíces conceptuales y políticas en la historia de la filosofía y el derecho americana", en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Número Especial, 1989.

HITERS, J. C. y FAPPIANO, O. L., Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Tomo I. Volumen 1, Ediar, Buenos Aires, 2º Edición, 2012.

MANILI, L. P., El bloque de constitucionalidad: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino, La Ley, Buenos Aires, 2003.

NIKKEN, P., "La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno derecho internacional de los derechos humanos", en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Número Especial, Mayo de 1989, San José de Costa Rica.

NIKKEN, P., "La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales", en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Vol. 52, 2010.

NOWAK, M., Introducción el régimen internacional de los derechos humanos, Universidad de Buenos Aires, 1ª Edición, Buenos Aires, 2009.

SANTIAGO, A. y FERRARI, G., "Los derechos humanos en la tradición jurídica americana", Revista El Derecho, Nº 14.427, año LVI, 2018.

Revista Electrónica Iberoamericana ISSN: 1988 - 0618
http://www.urjc.es/ceib/ Vol. 13, Edición Especial, 2019

LA DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE Y LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

THE AMERICAN DECLARATION ON THE RIGHTS AND DUTIES OF MEN AND THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS

Felipe González Morales[1]

Universidad Diego Portales, Chile

RESUMEN

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha hecho y continúa haciendo un vasto uso de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Esto se refleja en el ejercicio de las diversas atribuciones que posee la Comisión Interamericana, incluyendo su sistema de casos, la elaboración de informes temáticos y de países, así como otras funciones. La labor de la Comisión ha contribuido de manera significativa a dotar de eficacia a la Declaración Americana, de manera de fortalecer la protección de los derechos humanos en los Estados del Continente Americano. Al cumplirse 70 años de su adopción, la Declaración Americana constituye un instrumento relevante del *corpus iuris* internacional en la materia.

PALABRAS CLAVES: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre – Comisión Interamericana de Derechos Humanos – Sistema Interamericano de Derechos Humanos - Tipos de aplicación de la Declaración Americana

ABSTRACT

The Inter-American Commission on Human Rights has made and continues making an extensive use of the American Declaration on the Rights and Duties of Men.

[1] Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad Diego Portales. Profesor Honorífico, Universidad Carlos III de Madrid. Relator Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes de las Naciones Unidas. En relación con el tema de este artículo, el autor se desempeñó como Comisionado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entre 2008 y 2015 y fue Presidente de la Comisión en el período 2010-2011. Dedico este artículo al Profesor Fernando Mariño Menéndez, en reconocimiento a su persona, a su trayectoria como académico y defensor de los derechos humanos y a su invaluable guía como Director de mi tesis doctoral.

This is reflected in the exercise of the diverse attributions of the Commission, including its case system, the preparation of thematic and country reports, and other functions. The work of the Inter-American Commission has significantly contributed to make the American Declaration effective, so as to enhance the protection of human rights in the American Hemisphere. At the 70th Anniversary of its adoption, the American Declaration is a relevant instrument within the international *corpus iuris* on this matter.

KEY WORDS: American Declaration on the Rights and Duties of Men – Inter-American Commission on Human Rights – Inter-American System of Human Rights – Types of application of the American Declaration

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA ADOPCIÓN DE LA DECLARACIÓN, LA CREACIÓN DE LA OEA Y EL ESTABLECIMIENTO DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 3. LA APLICACIÓN DE LA DECLARACIÓN AMERICANA RESPECTO DE LAS VIOLACIONES GRAVES, MASIVAS Y SISTEMÁTICAS A LOS DERECHOS HUMANOS. 4. OTRAS TIPOS DE APLICACIÓN DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DURANTE EL PERÍODO DE LOS REGÍMENES DICTATORIALES. 5. LA APLICACIÓN DE LA DECLARACIÓN AMERICANA EN EL CONTEXTO ACTUAL: a) La aplicación de la Declaración Americana en casos contra Estados que no han ratificado la Convención Americana; b) Aplicación de la Declaración en casos en que la ratificación de la Convención es posterior al inicio de la violación; c) La aplicación de la Declaración Americana en relación con la regulación sobre DESC por la Convención Americana; d) Informes Temáticos; e) La Declaración Americana y los criterios para incluir a un Estado en el Capítulo IV del Informe Anual de la Comisión. 6. LA COMISIÓN INTERAMERICANA Y LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA DECLARACIÓN AMERICANA. CONCLUSIÓN.

* * *

1. INTRODUCCIÓN

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre ha desempeñado un papel muy relevante a nivel regional americano en la protección y promoción de los

derechos humanos.[2] Durante varias décadas fue el único instrumento en la materia en la región y hasta la fecha continúa siendo de mucha importancia, de manera especial –aunque no exclusiva- respecto de aquellos Estados que no han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Si bien la Corte Interamericana ha recurrido a la Declaración Americana - de manera especial aunque no exclusiva en una serie de Opiniones Consultivas-, ha sido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) la que por las razones que se exponen en este trabajo, le ha dado una aplicación más frecuente.

En la época en que la que predominaban las dictaduras en América, todo el trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se basó en la Declaración Americana, lo cual se manifestó sobre todo por medio de informes de países y decisiones de casos. En la actualidad ello se expresa especialmente en relación con Estados Unidos, así como respecto de Canadá, de la mayoría de los países del Caribe angloparlante y de Venezuela –que denunció la Convención Americana en 2012.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recurrido a menudo a la Declaración Americana en sus Opiniones Consultivas y ha hecho numerosas referencias a ellas en sus decisiones en materia contenciosa, para interpretar el sentido y alcance de las obligaciones de los Estados bajo los diversos tratados interamericanos. La propia Convención Americana establece de manera explícita que así debe hacerse, al señalar en sus normas de interpretación contenidas en el artículo 29 que "[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser entendida en el sentido de (…) d) excluir o limitar el efecto de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza."

Una diferencia de peso, no obstante, la constituye el que mientras la Comisión Interamericana le atribuye responsabilidad internacional a los Estados por violaciones a la Declaración Americana, en el caso de la Corte dicha atribución de responsabilidad solo tiene lugar en relación con los tratados interamericanos que el Estado respectivo haya ratificado.

En este artículo, luego de caracterizarse a grandes rasgos la Declaración Americana, se revisan los principales hitos en su aplicación por parte de la Comisión

[2] La Declaración Americana fue adoptada por la Conferencia de Bogotá el 10 de mayo de 1948.

Interamericana de Derechos Humanos, concluyéndose con un balance sobre los aportes realizados a partir de su utilización.

2. LA ADOPCIÓN DE LA DECLARACIÓN, LA CREACIÓN DE LA OEA Y EL ESTABLECIMIENTO DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre fue adoptada con cinco meses de anticipación a la creación de los Organización de Estados Americanos (OEA): la Declaración fue adoptada en mayo de 1948 y la OEA creada en octubre del mismo año. Sin embargo, en seguida de haber sido establecida, la OEA hizo suya la Declaración Americana. Esto encuentra su razón en el hecho de que en rigor la Organización de Estados Americanos vino a dar continuidad a las Conferencias Internacionales Americanas, en la novena de las cuales se aprobó la Declaración.

Asimismo, la Declaración Americana precedió en siete meses a la Declaración Universal de Derechos Humanos.[3] Es posible apreciar cómo ambas declaraciones internacionales se asemejan en muchos aspectos. Ello no es coincidencia, sino que obedece en buena parte al importante papel que desempeñaron una serie de Estados del Continente Americano en la elaboración de la Declaración Universal. Como al momento de la adopción de la Declaración aún no se iniciaba el masivo proceso de descolonización en África y Asia, el peso relativo que tenían los Estados de la OEA dentro de la ONU era muy superior al actual.

En particular, resalta el hecho de que ambas declaraciones internacionales de derechos humanos consagran derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Respecto de la consagración de derechos civiles y políticos, la Declaración Americana reconoce el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad personal y a la integridad de la persona; la igualdad ante ley, la libertad religiosa, la libertad de expresión

[3] Adoptada por la Organización de Naciones Unidas (ONU) el 10 de diciembre de 1948.

y opinión; el derecho a no ser detenido arbitrariamente y otras garantías procesales, así como los derechos políticos y otros derechos básicos de la persona humana.

En lo concerniente a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), la Declaración Americana reconoce una serie de ellos. Así, consagra el que denomina "derecho a la preservación de la salud y al bienestar", que incluye también el derecho a la alimentación y el derecho a la vivienda. El reconocimiento se hace condicionado a los recursos existentes. En este sentido, el artículo XI del mencionado instrumento establece que "[t]oda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad."

En cuanto al derecho a la educación, consagrado en el artículo XII de la Declaración, este aparece incondicionado (es decir, sin que se haga mención a los recursos disponibles) en lo que se refiere a la gratuidad de la enseñanza primaria. La misma disposición, en una redacción ambigua en lo concerniente a los recursos, señala que "[e]l derecho a la educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el estado." La Declaración explicita también el derecho a que mediante la educación las personas sean capacitadas "para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad."

A su turno, el artículo XIII consagra lo que denomina el derecho a los beneficios de la cultura, incluyendo la participación en la vida cultural de la comunidad.

En cuanto al derecho al trabajo y a una justa retribución, este aparece reconocido en el artículo XIV, pero condicionado; así, se establece que "[t]oda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo."

La Declaración también consagra el derecho al descanso en su artículo XV y el derecho a la seguridad social en su artículo XVI, sin que estos dos derechos aparezcan condicionados a los recursos.

Aunque, como es la práctica en materia de declaraciones, ni la Declaración Universal ni la Declaración Americana establecieron un órgano encargado de darle seguimiento a su implementación, en los hechos respecto de la primera la ya existente

Comisión de Derechos Humanos de la ONU[4] asumió ese papel, mientras que ninguna iniciativa al respecto fue adoptada en la OEA durante más de una década.

Recién en 1959 la Organización de Estados Americanos estableció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que en lo sucesivo –y hasta la fecha- le daría seguimiento a la Declaración Americana, recurriendo a los parámetros consagrados en esta para evaluar la situación en materia de derechos humanos en los Estados de la OEA a través de distintos mecanismos. El Estatuto de la Comisión, aprobado por la OEA en 1960, así lo establece.

No obstante, conviene subrayar que la creación de la CIDH no obedeció a un plan preestablecido para dar eficacia a la Declaración Americana, sino que surgió de manera circunstancial, en el contexto de la Revolución Cubana y de la tentativa de asesinato del Presidente de Venezuela por la dictadura dominicana liderada por Rafael Leonidas Trujillo. Tanto es así, que en un principio el status jurídico de la Comisión Interamericana era sumamente precario, al ser establecida por una Reunión de Cancilleres; años más tarde pasaría a constituirse como un órgano principal de la OEA y más adelante todavía a ser reconocida en un tratado: la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En realidad, el plan original en la OEA contemplaba que, junto con la adopción de un tratado general en derechos humanos, se estableciera una Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, esto vino a ocurrir muchos años después, con lo cual la Comisión Interamericana empleó profusamente la Declaración Americana –y continúa haciéndolo respecto de aquellos países que no han ratificado la Convención Americana, que son aproximadamente un tercio de los Estados Miembros de la OEA.

3. LA APLICACIÓN DE LA DECLARACIÓN AMERICANA RESPECTO DE LAS VIOLACIONES GRAVES, MASIVAS Y SISTEMÁTICAS A LOS DERECHOS HUMANOS

Durante sus primeras tres décadas de funcionamiento, es decir, en las décadas de los sesenta, setenta y ochenta, la casi totalidad del trabajo de la Comisión Interamericana

[4] Creada en 1946.

de Derechos Humanos estuvo enfocado en la extendida práctica de violaciones graves a los derechos humanos en el Continente Americano, que obedecían a políticas de Estado, siendo, por lo mismo, de carácter sistemático.[5] Ello se dio en un contexto en el cual existía una gran cantidad de dictaduras en el Continente, especialmente en América Latina, que llevaban a cabo tales violaciones, incluso de manera coordinada entre ellas, como quedó de manifiesto con la denominada "Operación Cóndor."[6] En este contexto, la gran mayoría de las violaciones que abordaba la Comisión se referían a ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas de personas y torturas. En menor medida, la CIDH se refería a otras violaciones a los derechos humanos, tales como los derechos sindicales, la libertad de expresión y la libertad de asociación, aunque generalmente las abordaba a propósito de situaciones en las que se había producido alguno de los crímenes antes señalados.

Para abordar dichas violaciones, la Comisión Interamericana utilizó como base el conjunto de normas que reconocían los derechos humanos establecidas en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Fue la propia OEA la que al aprobar el Estatuto de la Comisión en 1960 así lo estableció.

En ese período la Comisión comenzó a poner en práctica sus diversas funciones, comenzando por las visitas *in loco* y los informes sobre países. Además, si bien en un principio la CIDH no poseía la atribución de decidir acerca de casos específicos, ella asumió desde su creación un papel proactivo: así, cuando recibía una denuncia, en vez de declararla inadmisible por carecer de competencia, le solicitaba información al respecto al Estado denunciado, en uso de su atribución de supervisar la situación de los derechos humanos en todos los países de la OEA. En el ejercicio de todas estas funciones la Comisión Interamericana empleaba como fundamento jurídico para evaluar la situación la Declaración Americana. Lo mismo ocurrió una vez que la CIDH adquirió la atribución de decidir casos, luego de reiteradas insistencias de ella a los órganos políticos de la OEA, los que finalmente reformaron el Estatuto de la Comisión en 1965, incorporando dicho poder. También desde los años sesenta la CIDH desarrolló el mecanismo de acciones

[5] Consúltese, Felipe González Morales, Surgimiento y desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos en un contexto de regímenes autoritarios (1960-1990), en Revista IIDH, Vol.46, 2007, pp.121-155.

[6] Por medio de la Operación Cóndor, de la cual tomaron parte las policías políticas de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay durante las dictaduras de los años setenta, se intercambiaron prisioneros cuyo rastro luego se perdió, pasando a engrosar la lista de detenidos desaparecidos;[6] se efectuaron actividades coordinadas de desinformación;[6] y se llevaron a cabo otras graves violaciones a los derechos humanos.

urgentes para prevenir violaciones graves e inminentes a los derechos humanos, las que a partir de 1980 se convertirían en el mecanismo de medidas cautelares.[7]

De cualquier modo, durante el período de fuerte presencia de dictaduras en la región, el grueso del trabajo de la Comisión consistió en la realización de visitas *in loco* y la publicación de informes sobre países. Ello debido a dos razones básicas: la primera, que dadas las características de las violaciones, un abordaje comprehensivo de ellas se hacía indispensable, de manera de desentrañar el *modus operandi* de los Estados que las practicaban y que casi invariablemente intentaban ocultarlas. La segunda razón, más específica, fue que los Estados que violaban los derechos humanos a escala masiva y sistemática, generalmente ignoraban las notificaciones de la Comisión durante la tramitación de casos específicos, desentendiéndose de litigarlos. Por lo mismo, las visitas –cuando el Estado la permitía- o el informe sobre país –que la Comisión realiza con o sin visita- alcanzaban un impacto público y en la comunidad internacional mucho mayor que el de los casos.

Por lo demás, la muy limitada disponibilidad de recursos de la CIDH la llevaba con frecuencia a incorporar las referencias a casos específicos a los informes sobre países. En otras palabras, una denuncia que podía dar lugar a la apertura de un caso, si se hallaba bien fundada, podía derivar en una decisión sobre el caso específico o servir de base –junto a muchos otros casos- para un informe sobre país, permitiéndole a la Comisión establecer ciertos patrones o prácticas violatorias reiteradas.

Como un tratamiento paradigmático acerca del uso de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre por la Comisión Interamericana en el contexto de violaciones graves, masivas y sistemáticas durante el período en referencia podemos referirnos a la visita *in loco* efectuada por la CIDH a Argentina en 1979 y la publicación de un informe de país al año siguiente. En el transcurso de esta visita, que se prolongó durante 17 días, la Comisión recibió cerca de 5.000 denuncias de desapariciones forzadas y descubrió presos políticos que eran mantenidos clandestinamente en una cárcel destinada a presos comunes y que presumiblemente estaban destinados a desaparecer.[8]

[7] Mediante la adopción del Reglamento de la Comisión Interamericana de 1980.
[8] Una descripción detallada del descubrimiento de estos presos clandestinos en Buergenthal, Norris y Shelton, Protecting Human Rights in the Americas, International Institute of Human Rights, 3a.edición revisada, Estrasburgo, 1990, especialmente pp. 299-301 ("Discovering disappeared persons: a staff member notes").

Todo esto ocurrió en un contexto en el cual el gobierno argentino había negado permanentemente la detención clandestina de personas así como su responsabilidad en las desapariciones forzadas. Al poner estos antecedentes en conocimiento de la Asamblea General de la OEA se produjo un enorme revuelo, con Argentina amenazando con retirarse de la organización si se aprobaba una resolución en contra suya. Finalmente, la Asamblea adoptó una resolución en la que, abordándose el problema de las desapariciones forzadas, no se mencionaba expresamente a Argentina, pero, de cualquier modo, el impacto de la visita de la CIDH ya había tenido lugar. El efecto se extendió más allá de la OEA, las evidencias de primera mano encontradas por la CIDH transformaron también la situación en la ONU, que hasta entonces había prestado escasa atención a la situación argentina, estableciéndose el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, que se abocó inicialmente de manera principal a las condiciones en Argentina en la materia. Lo más importante de todo fue que la intervención de la Comisión salvó muchas vidas, tanto las de las personas que encontró como la de muchas otras potenciales víctimas, puesto que la práctica masiva de desapariciones en Argentina cesó un mes después de la visita.[9] Todas estas labores de la CIDH fueron llevadas a cabo sobre la base de los parámetros establecidos por la Declaración Americana, ya que Argentina aún no ratificaba la Convención American, lo cual haría solo una vez que retornó a la democracia.

4. OTROS TIPOS DE APLICACIÓN DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DURANTE EL PERÍODO DE LOS REGÍMENES DICTATORIALES

Aunque constituyeron la excepción, durante el período de significativa presencia de dictaduras en América Latina, la Comisión llevó a cabo algunas iniciativas en materias distintas a las analizadas en la sección anterior. Ello se dio excepcionalmente en la década de los setenta y se incrementó –aunque todavía se trataba de un abordaje inicial- durante la década siguiente.

En este contexto, la Comisión Interamericana comenzó a incorporar el tratamiento de los derechos económicos, sociales y culturales en sus Informes sobre Países en los

[9] Véase, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, 1980, pág. 135.

años ochenta, basándose en la Declaración Americana o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dependiendo de si el Estado respectivo había o no ratificado esta última. Además, desde fines de los setenta, de manera esporádica, la Comisión comenzó a decidir casos específicos en materia de DESC basándose en la Declaración Americana.

Así, en un Informe sobre Cuba de 1983, la Comisión se refiere al derecho al trabajo, a la seguridad social, a la alimentación, a la salud y a la educación, empleando como parámetros los estándares de la Declaración Americana.[10]

Posteriormente, en 1985, un Informe de la CIDH sobre Surinam –también basado en la Declaración Americana- contiene un capítulo denominado "situación económica, social y cultural", en el que se revisan los tres aspectos referidos, incluyendo la educación, la salud y el bienestar social.[11] Sin embargo, en términos de estándares se aprecia un retroceso, ya que no se usa un lenguaje de derechos para analizar y evaluar estas materias. La inclusión habitual de los DESC en los Informes sobre países recién se consolidará en los noventa, empleándose un lenguaje de derechos para referirse a ellos.[12]

También cabe destacar de la época en comento algunos casos relevantes decididos por la Comisión sobre DESC fundados en la Declaración Americana, como el de los Testigos de Jehová (Argentina) en los setenta y el caso de los indígenas Yanomami (Brasil) en los ochenta. El primero de ellos, de 1978, se refiere tanto a una serie de derechos civiles y el derecho a la educación, estableciéndose que "el Gobierno de Argentina violó el derecho a la seguridad e integridad de la persona (Artículo I), el derecho de libertad religiosa y de culto (Artículo V), el derecho a la educación (Artículo XII), el derecho de asociación (Artículo XXI) y el derecho de protección contra la

[10] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, La Situación de los Derechos Humanos en Cuba: Séptimo Informe, OEA/Ser.L/V/II.61/ Doc.29 rev. 1, 4 octubre 1983.
[11] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Surinam, OEA/Ser.L/V/II.66/Doc. 21 rev. 1, 2 octubre 1985.
[12] En los años ochenta la Comisión publica paralelamente informes sobre países que incluyen el tratamiento de los derechos económicos, sociales y culturales basándose en la Convención Americana, tales como el Informe sobre Guatemala y el Informe sobre Nicaragua, ambos de 1981. Véanse, respectivamente, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República de Guatemala, OEA/Ser.L/V/II.53/Doc. 21 rev. 2, 13 de octubre de 1981 y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República de Nicaragua, OEA/Ser.L/V/II.53/Doc. 25, 30 de junio de 1981.

detención arbitraria (Artículo XXV), de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre."[13]

Por su parte, el Caso Yanomami se refería a la afectación de los derechos del pueblo indígena del mismo nombre como consecuencia de la construcción de una autopista que atravesaba el territorio que ocupaban desde tiempos inmemoriales, el cual fue invadido por trabajadores, geólogos, exploradores mineros y colonos deseosos de asentarse en dicho territorio; "que tales invasiones se llevaron a cabo sin previa y adecuada protección para la seguridad y salubridad de los indios Yanomami, lo cual dio como resultado un considerable número de muertes por epidemias de influenza, tuberculosis, sarampión, malaria, enfermedades venéreas, etc.; que indígenas habitantes de varias aldeas cercanas a la ruta de la autopista BR-210 (Rodovía Perimetral Norte) abandonaron sus aldeas, convirtiéndose en mendigos o en prostitutas sin que el Gobierno de Brasil adoptase las medidas necesarias para impedirlo" y que todo ello dio origen a graves y violentos conflictos, que "afectaron la vida, seguridad, salud e integridad cultural de los Yanomami."[14] La CIDH concluye que Brasil violó en perjuicio de los indígenas el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad (artículo 1); el derecho de residencia y tránsito (artículo 8); y el derecho a la preservación de la salud y bienestar (artículo 9).

5. LA APLICACIÓN DE LA DECLARACIÓN AMERICANA EN EL CONTEXTO ACTUAL

Como es evidente, el propósito de la OEA al adoptar la Convención Americana sobre Derechos Humanos era que este instrumento fuera ratificado por todos los Estados Miembros. Al producirse procesos de transición a la democracia en muchos países la ratificación de la Convención se vio fortalecida. Sin embargo, el objetivo de alcanzar una ratificación por todos los Estados no solo no ha sido alcanzado, sino que en los últimos 15 años incluso se ha experimentado un retroceso, ya que ningún Estado la ha ratificado y uno (Venezuela) la denunció, desligándose de ella (lo mismo había hecho en 1998

[13] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 2137 (Argentina), Testigos de Jehová, 18 de noviembre de 1978.
[14] Ambas citas son de Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución Nº12/85, Caso 7615 (Brasil), 5 de marzo de 1985.

Trinidad y Tobago). Aproximadamente dos tercios de los Estados de la OEA han ratificado la Convención Americana.[15]

En este contexto, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre continúa siendo el principal instrumento interamericano de derechos humanos en el cual la CIDH se basa para evaluar la situación de los derechos humanos en un número importante de Estados. En los casos de Canadá y Estados Unidos, es el único instrumento al respecto, ya que no han ratificado ninguno de los tratados interamericanos en materia de derechos humanos. No obstante, la Declaración Americana sigue siendo relevante también para aquellos Estados que sí han ratificado la Convención Americana.

La Declaración Americana es utilizada por la CIDH en el ejercicio de todas sus atribuciones. A continuación me detendré en las vías más usuales de aplicación de la Declaración Americana en la actualidad: la que se lleva a cabo en el sistema de casos relación con los Estados que no han ratificado la Convención Americana; la que se realiza respecto de Estados que sí han ratificado la Convención cuando se trata de violaciones cuyo inicio ha tenido lugar previo a dicha ratificación y que se extienden con posterioridad a esta; la que se efectúa para determinar el alcance de los DESC en la Convención; la aplicación en Informes Temáticos; y la que se lleva a cabo en relación con los Informes sobre Países.

a) La aplicación de la Declaración Americana en casos contra Estados que no han ratificado la Convención Americana

La Comisión Interamericana resuelve todos los años casos relativos a Estados que no han ratificado la Convención Americana o que la han denunciado. Para decidirlos emplea la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Dado que la CIDH recibe pocas denuncias en relación con los países del Caribe angloparlante que no han ratificado la Convención, la mayoría de los casos en esta categoría se refieren a Cuba y EE.UU. y en mucho menor medida a Canadá. Respecto de Venezuela, la denuncia que, como indicamos, hizo de la Convención solo tiene efectos desde 2013, por lo que los casos que ha venido resolviendo la Comisión –que casi invariablemente tardan más de

[15] Véase, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Universalización del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2014.

cinco años en su tramitación- han continuado resolviéndose basándose en aquella, al ser los hechos anteriores a la fecha de entrada en vigor de la denuncia, pudiendo además ser enviados a la Corte Interamericana.

Basada en la Declaración Americana, la CIDH decide casos sobre diversas materias. Respecto de Estados Unidos, las más frecuentes son, por una parte, pena de muerte y, por otra, migrantes. Por ejemplo, un caso emblemático de los últimos años sobre este último tema es el de Trabajadores Indocumentados, acerca de los derechos laborales de los migrantes irregulares.[16] Otros temas migratorios se han referido a deportaciones, en los que la CIDH ha determinado la violación de la Declaración por la ausencia de consideración por las autoridades estadounidenses de razones humanitarias o familiares para permanecer en el país, por lo desproporcionado de tales medidas o por otras razones.

Sin perjuicio de lo anterior, existen casos sobre otras materias respecto de EE.UU. que poseen un indudable carácter paradigmático, como el de Jessica Gonzales Lenahan, sobre violencia contra la mujer y las niñas, en el que la Comisión estableció la falta de diligencia policial como factor determinante para la muerte de las tres hijas de la Sra. Lenahan en un contexto de violencia doméstica por parte del padre de ellas.[17]

Respecto de Cuba, la mayoría de los casos se refieren a graves violaciones a los derechos civiles y políticos en el contexto de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos cometidos por la dictadura.

En cuanto a Canadá, la mayoría de los casos se refieren a derechos humanos de migrantes y refugiados[18], así como de los pueblos indígenas[19]. También existen casos sobre otras materias.

b) Aplicación de la Declaración en casos en que la ratificación de la Convención es posterior al inicio de la violación

Dado que la Comisión Interamericana posee competencia tanto para determinar violaciones a los derechos humanos tanto bajo la Declaración Americana como basada

[16] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 12.834, Trabajadores indocumentados, 2016.
[17] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 12.626, Jessica Lenahan (Gonzales), 2011.
[18] Véase, por ejemplo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 11.661, Manickavasagam Suresh, 2014. Véase también Caso 12.586, John Doe, 2011.
[19] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 12.435, Gran Cacique Michael Mitchell, 2008.

en la Convención Americana (u otros tratados interamericanos), existen casos en que, por lo prolongado en el tiempo de la violación, aplica ambos instrumentos. Aunque debido a que en los últimos años no ha habido Estados que hayan ratificado la Convención Americana dicho tipo de determinación dual es menos frecuente que en el pasado, ella sigue produciéndose en ciertos casos.

Un tipo de violación en el que ello ocurre es en casos de desaparición forzadas de personas. Ha habido muchos casos en el Sistema Interamericano en los que la CIDH ha recibido una denuncia por dicho crimen en que el principio de ejecución de los hechos tuvo lugar previo a la ratificación de la Convención Americana por el Estado respectivo y se ha extendido con posterioridad a esta, típicamente debido a que la persona continúa desaparecida o porque el crimen permanece en la impunidad. En tales casos, la Comisión aplica la Declaración Americana para el período previo a la ratificación de la Convención por el Estado de que se trate y esta última para el período posterior.

Pero este tipo de aplicación de ambos instrumentos no se circunscribe únicamente a los casos de desaparición forzada de personas, sino también a otras clases de violaciones. Un caso emblemático al respecto es el de Hacienda Brasil Verde, que llegó hasta la Corte Interamericana. En dicho caso, cuyo núcleo central se refería al trabajo esclavo en Pará, en el norte de Brasil, los hechos se extendían entre 1988 y 2011. Dado que Brasil ratificó la Convención en 1992, para el período 1988-1992 la CIDH aplicó la Declaración Americana y para el lapso posterior empleó la Convención. Más aún, al momento de enviar el caso a la Corte, la Comisión precisó que buscaba su pronunciamiento solo acerca de los hechos acaecidos con posterioridad al 10 de diciembre de 1998, fecha en que Brasil reconoció la jurisdicción contenciosa del tribunal interamericano.[20]

c) La aplicación de la Declaración Americana en relación con la regulación sobre DESC por la Convención Americana

En términos sustantivos, la Convención Americana se refiere de manera casi exclusiva a derechos civiles y políticos, conteniendo un catálogo de estos derechos. En

[20] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los Trabajadores de la Hacienda Brsil Verde vs. Brasil, Sentencia de 20 de octubre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). La referencia al período de tiempo señalado por la Comisión se encuentra en el párrafo 3 del fallo.

cambio, la referencia a los derechos económicos, sociales y culturales en la Convención Americana es mínima, limitándose a los artículos 26 y 42, sin incluir un catálogo de estos derechos. No hay una mención expresa a la posibilidad de iniciar casos específicos en relación a ellos, aunque el desarrollo jurisprudencial de la Comisión y la Corte Interamericana han dejado en claro que sí existe esa atribución conforme al art.26. De manera explícita solo se contempla en el art.42 como mecanismo el envío por parte de los Estados a la Comisión de copias de los Informes que en materias relacionadas con estos derechos presenten ante otros órganos de la OEA.

La determinación de los contenidos sustantivos del artículo 26 de la Convención Americana no es tarea sencilla, considerando que dicha disposición no menciona ningún DESC en particular. ¿Qué derechos se encuentran garantizados mediante esta norma? Para este efecto, la aplicación de la Declaración Americana resulta relevante.

El art. 26 de la Convención se refiere a "los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires." Al momento de ser adoptada la Convención Americana en 1969 la reforma introducida por el Protocolo de Buenos Aires era la más reciente, ya que había tenido lugar en 1967.

Es importante atender a la expresión "derechos que se derivan", ya que la Carta de la OEA reconoce explícitamente derechos en muy contados casos. En general, lo que hace la Carta es referirse a objetivos de política pública en materia económico, social y cultural, a partir de los cuales deberá hacerse la derivación señalada en el art. 26 de la Convención Americana.[21] Para efectuarla debe considerarse de manera relevante la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre –la que, como hemos anotado, contiene un catálogo de DESC-, ya que, como ha señalado la Corte Interamericana, "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

[21] Véase en este sentido, Christian Courtis, La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en: Christian Courtis, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez Huerta, *Protección Internacional de Derechos Humanos: Nuevos Desafíos*, Editorial Porrúa/ITAM, Ciudad de México, 2005, pp. 277-318.

con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA"[22]

Ello no significa, sin embargo, que corresponda hacer una remisión directa a la Declaración Americana en casos concernientes a derechos económicos, sociales y culturales. La remisión que hace el art. 26 de la Convención no es a la Declaración, sino a la Carta de la OEA. Por lo mismo, no cabe hacer una referencia directa a la Declaración –como asumiendo que ella llena íntegramente de contenido en materia de DESC a la Convención-, sino que la Declaración deber hacer las veces de instrumento para derivar los DESC de la Carta.[23]

Tratándose de otros DESC, sería necesario efectuar la derivación a que venimos haciendo mención. Ello ocurre, por ejemplo, en lo concerniente al derecho a la seguridad social, puesto que la Carta de la OEA establece entre los elementos para alcanzar un orden social justo el "[d]esarrollo de una política eficiente de seguridad social" (art. 45 h). Además, como antes apuntábamos al tratar del derecho al trabajo, la Carta dispone que el régimen de salario justo se refiere tanto a los años de trabajo como a la vejez, o cuando otras circunstancias priven a la persona de la posibilidad de trabajar, es decir, aludiendo, por tanto, a típicas normas de seguridad social. Los alcances del contenido de este derecho pueden ser además adecuadamente comprendidos si se considera –siguiendo el criterio formulado por la Corte Interamericana antes citado- lo que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre dispone al respecto, que resulta coherente con la Carta y especifica varios elementos que no entraremos a detallar aquí. Una situación análoga se produce respecto de los derechos culturales, que aparecen recogidos en la Carta de la

[22] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 de julio de 1989, párrafo 43.

[23] En la misma línea, véase Julieta Rossi y Víctor Abramovich, La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en: Claudia Martin, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara B. (Compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Iberoamericana Ciudad de México, Washington College of Law American University y Distribuciones Fontamara, Ciudad de México, 2004, pp. 457-478. Los autores critican la decisión en tal sentido de la Comisión Interamericana en tal sentido en el caso de Milton García Fajardo y Otros con Nicaragua (Caso 11.381, Informe Nº100/01, 16 de abril de 2001). La Comisión estableció en dicho caso que Nicaragua violó los DESC reconocidos en el art. 26 de la Convención al vulnerar los derechos al trabajo, al descanso y a la seguridad social consagrados en la Declaración Americana. Los autores agregan que "[c]on ello no estamos afirmando que la conclusión a la que arriba la Comisión sea errónea, sino que ha sido, a nuestro entender, incorrecta la técnica utilizada para inferir derechos sociales del artículo 26 de la Convención, mediante la apelación directa y sin razonamiento alguno al texto de la Declaración Americana" (pp.472-473).

OEA en términos que los Estados "asegurarán el goce de los bienes de la cultura a la totalidad de la población" (art. 50), siendo regulado además en numerosas otras disposiciones del mismo instrumento.

d) Uso de la Declaración Americana en Informes Temáticos

La Comisión Interamericana publica habitualmente informes sobre diferentes temas de derechos humanos. La mayoría de estos informes son de carácter transversal, es decir, no se refieren a un Estado específico. No obstante, también publica Informes Temáticos que conciernen a un solo Estado.

A título ejemplar, cabe mencionar que en 2015 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicó un Informe sobre estándares interamericanos acerca de personas en situación de movilidad.[24] Dichas personas corresponden a los colectivos de migrantes, refugiados y solicitantes de asilo, apátridas, víctimas de trata y desplazados internos. Como en cualquier informe temático, la CIDH recurre a la Declaración Americana. Sin embargo, en esta materia la referencia es más relevante de la habitual, ya que el Sistema Interamericano carece de un instrumento específico sobre los derechos humanos de las personas en situación de movilidad.

De manera expresa, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre solo contiene una disposición relativa a las personas en situación de movilidad, a consagrar en su artículo XVII el derecho de asilo. Sin embargo, la relevancia de la Declaración en esta materia va mucho más allá, al contener numerosas disposiciones generales en materia de derechos humanos, las cuales, mediante una labor interpretativa, le permiten a la Comisión Interamericana desarrollar estándares en esta temática.

Otros informes temáticos transversales publicados por la Comisión en los últimos años se han referido a los sistemas nacionales de protección de los derechos humanos de

[24] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Movilidad Humana: Estándares Interamericanos: Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata y desplazados internos: normas y estándares del sistema interamericano de derechos humanos, Washington, D.C., 31 de diciembre 2015, http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf

niños, niñas y adolescentes[25], pobreza y derechos humanos[26], mujeres indígenas[27], entre otros.

En estos informes la Comisión recurre a un amplio elenco de instrumentos interamericanos, incluyendo, cuando ello resulta pertinente, la Declaración Americana. Al invocar la Declaración, la CIDH está haciendo explícito que los estándares que desarrolla en el informe temático respectivo son también válidos para aquellos Estados que no han ratificado la Convención Americana.

Respecto de los informes temáticos relativos a un Estado específico, cuando el país del cual él trate no haya ratificado la Convención Americana, la invocación de la Declaración ocupará un lugar central. Esto no significa que la referencia a la Declaración se limite a esos países, ya que la Comisión también puede invocarla en relación con Estados Partes de la Convención en la medida en que lo considere pertinente.

Como ejemplos de informes temáticos de la CIDH en los últimos años referidos a Estados que no hayan ratificado la Convención Americana, pueden mencionarse los publicados sobre niños, niñas y adolescentes en el sistema penal adulto de EE.UU.[28], Guantánamo[29], familias y niños no acompañados refugiados o migrantes en EE.UU.[30], desaparición y asesinato de mujeres indígenas en la Columbia Británica en Canadá[31], etc.

e) La Declaración Americana y los criterios para incluir a un Estado en el Capítulo IV del Informe Anual de la Comisión

Desde hace más de 40 años, la Comisión Interamericana, además de elaborar informes de país publicados por separado, incluye en su Informe Anual informes menos extensos acerca de la situación de los derechos humanos en aquellos países en los que

[25] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Hacia la garantía efectiva de los derechos de niños, niñas y adolescentes: sistemas nacionales de protección, 2017.
[26] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Pobreza y Derechos Humanos, 2017.
[27] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas, 2017.
[28] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, La situación de niños, niñas y adolescentes en el sistema penal de justicia para adultos de Estados Unidos, 2018.
[29] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Hacia el cierre de Guantánamo, 2015.
[30] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Refugiados y migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados, 2015.
[31] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Mujeres indígenas desaparecidas y asesinadas en Columbia Británica, Canadá, 2014.

considera la situación es más grave. Esto informes los incorpora en el capítulo IV del Informe Anua. A lo largo de los años, la Comisión ha ido especificando en su Reglamento con mayor detalle los criterios conforme a los cuales determina la inclusión de un Estado en dicho capítulo. Como se describe a continuación, varios de dichos criterios reposan en los estándares contenidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Ello resulta de toda lógica, considerando que si no fuera así, aquellos países que no han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos no podrían ser monitoreados debidamente.

Así, el Reglamento de la Comisión, en su texto actual, reformado en 2013, establece entre tales criterios los siguientes que hacen mención a la Declaración Americana:

"b) La suspensión ilegítima, total o parcial, del libre ejercicio de los derechos garantizados en la **Declaración Americana** o la Convención Americana, en razón de la imposición de medidas excepcionales tales como la declaratoria de un estado de emergencia, de un estado de sitio, la suspensión de garantías constitucionales, o medidas excepcionales de seguridad.

c) La comisión, por parte de un Estado, de violaciones masivas, graves y sistemáticas de los derechos humanos garantizados en la **Declaración Americana**, la Convención Americana, o los demás instrumentos de derechos humanos aplicables.

d) La presencia de otras situaciones estructurales que afecten seria y gravemente el goce y disfrute de los derechos fundamentales consagrados en la **Declaración Americana**, la Convención Americana o los demás instrumentos de derechos humanos aplicables."[32]

[32] Art.59.6 del Reglamento de la Comisión. Las negritas son del autor.

6. LA COMISIÓN INTERAMERICANA Y LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA DECLARACIÓN AMERICANA

Conforme a una práctica inveterada, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos le reconoce efectos jurídicos –y no solo morales o políticos- a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Si se revisa cualquier decisión sobre casos específicos adoptada por la CIDH, se puede apreciar que existe en ella un pronunciamiento acerca de la determinación de responsabilidad de un Estado por violaciones a los derechos humanos. Muchas de las disposiciones de la Declaración Americana corresponden a normas de *ius cogens*, es decir, que poseen un carácter imperativo de acuerdo al Derecho Internacional. Luego de casi 60 años de aplicación de las normas de la Declaración, otras tantas de sus disposiciones han pasado a adquirir el status de normas consuetudinarias internacionales. La Declaración Americana, por ende, no posee un mero carácter programático o aspiracional, sino que produce efectos jurídicos.

Lo propio ha señalado la Corte Interamericana al tratar de este asunto en su Opinión Consultiva mencionada acerca de la Declaración. En este sentido, el tribunal interamericano ha apuntado que "[l]a Asamblea General de la Organización [de Estados Americanos] ha reconocido, además, reiteradamente, que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados Miembros de la OEA", citando a tal efecto diversas resoluciones.[33] Como ya hemos explicado, la Corte ha añadido que es la Declaración Americana la que dota de contenido en materia de derechos humanos a la Carta de la OEA, el tratado fundacional de dicha organización.[34]

CONCLUSION

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha hecho y continúa haciendo un extenso uso de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre para la

[33] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cit., párrafo 42.
[34] Supra, nota 21.

protección y promoción de tales derechos en los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos. Durante varias décadas, la Declaración fue el principal instrumento utilizado por la Comisión para ejercer sus atribuciones. Si bien en la actualidad respecto de la mayoría de los países es la Convención Americana la que juega ese rol, por las razones explicadas en este trabajo, la Declaración continúa siendo importante para las diversas funciones de la CIDH, tanto respecto de los Estados que han ratificado la Convención como en relación con los aquellos que no lo han hecho.

Al cumplirse 70 años de su adopción, la Declaración Americana forma parte destacada del *corpus iuris* interamericano y, por extensión, del *corpus iuris* internacional en materia de derechos humanos. Algunas de sus normas más importantes corresponden a normas de *ius cogens* y otras ya forman parte del Derecho Consuetudinario Internacional; además, en muchos aspectos se asemeja a la Declaración Universal de Derechos Humanos, por lo que su integración sistemática en lugar destacado a nivel internacional se encuentra asegurada.

BIBLIOGRAFÍA

BUERGENTHAL, THOMAS, NORRIS, ROBERT Y SHELTON, DINAH, "Protecting Human Rights in the Americas", International Institute of Human Rights, 3a.edición revisada, Estrasburgo, 1990.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso 2137 (Argentina), Testigos de Jehová, 18 de noviembre de 1978.

---------- Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, 1980.

---------- Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República de Guatemala, OEA/Ser.L/V/II.53/Doc. 21 rev. 2, 13 de octubre de 1981.

---------- Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República de Nicaragua, OEA/Ser.L/V/II.53/Doc. 25, 30 de junio de 1981.

---------- La Situación de los Derechos Humanos en Cuba: Séptimo Informe, OEA/Ser.L/V/II.61/ Doc.29 rev. 1, 4 octubre 1983.

---------- Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Surinam, OEA/Ser.L/V/II.66/Doc. 21 rev. 1, 2 octubre 1985.

---------- Resolución Nº12/85, Caso 7615 (Brasil), 5 de marzo de 1985.

---------- Caso 12.435, Gran Cacique Michael Mitchell (Canadá), 2008.

---------- Caso 12.626, Jessica Lenahan (Gonzales), (EE.UU.). 2011.

---------- Caso 12.586, John Doe (Canadá), 2011.

---------- Universalización del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2014.

---------- Caso 11.661, Manickavasagam Suresh, (Canadá), 2014.

---------- Mujeres indígenas desaparecidas y asesinadas en Columbia Británica, Canadá, 2014.

---------- Hacia el cierre de Guantánamo, 2015.

---------- Refugiados y migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados, 2015.

---------- Movilidad Humana: Estándares Interamericanos: Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata y desplazados internos: normas y estándares del sistema interamericano de derechos humanos, Washington, D.C., 2015.

---------- Caso 12.834, Trabajadores indocumentados (EE.UU.), 2016.

---------- Hacia la garantía efectiva de los derechos de niños, niñas y adolescentes: sistemas nacionales de protección, 2017.

---------- Pobreza y Derechos Humanos, 2017.

---------- Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas, 2017.

---------- La situación de niños, niñas y adolescentes en el sistema penal de justicia para adultos de Estados Unidos, 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 de julio de 1989.

---------- Caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, Sentencia de 20 de octubre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

COURTIS, CHRISTIAN, "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en: Courtis, Christian, Hauser, Denise y Rodríguez Huerta, Gabriela, Protección Internacional de Derechos Humanos: Nuevos Desafíos, Editorial Porrúa/ITAM, Ciudad de México, 2005.

GONZÁLEZ MORALES, Felipe, "Surgimiento y desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos en un contexto de regímenes autoritarios (1960-1990)", en *Revista IIDH*, Vol.46, San José, Costa Rica, 2007.

ROSSI, Julieta y ABRAMOVICH, Víctor, La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en: Martin, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego y Guevara B., José A. (Compiladores), Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad Iberoamericana Ciudad de México, Washington College of Law American University y Distribuciones Fontamara, Ciudad de México, 2004.

Revista Electrónica Iberoamericana ISSN: 1988 - 0618
http://www.urjc.es/ceib/ Vol. 13, Edición Especial, 2019

EL STATUS JURÍDICO DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE

THE LEGAL STATUS OF THE AMERICAN DECLARATION OF THE RIGHTS AND DUTIES OF MAN

Jorge Antonio Quindimil López[1]

Universidad de A Coruña, España

RESUMEN

América Latina ha contribuido históricamente de forma sobresaliente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo y, especialmente, al desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos. En particular, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (conocida como la *Declaración de Bogotá*), adoptada al mismo tiempo que la Carta de la Organización de Estados Americanos, constituye un instrumento pionero en el reconocimiento y la protección de los derechos humanos, no sólo en el continente americano, sino también a nivel universal, habiendo incluso antecedido a la propia Declaración Universal de Derechos Humanos.

Con ocasión del setenta aniversario de la *Declaración de Bogotá*, en el presente trabajo se aborda, por un lado, el significado, la relevancia y el alcance que a nivel regional e internacional tiene la Declaración; y, por otro lado, la cuestión que ha dado lugar a un mayor debate en torno a este instrumento de derechos humanos desde sus inicios, esto es, su naturaleza jurídica. En efecto, desde el mismo momento de los trabajos preparatorios, se planteó el debate en torno a si debe tratarse de un instrumento jurídico vinculante, o simplemente político o programático sin creación de obligaciones jurídicas para los Estados. Si bien en 1948 se adopta finalmente como declaración política, debemos preguntarnos si a lo largo de estos setenta años de existencia ha ido adquiriendo carácter jurídico vinculante.

PALABRAS CLAVE: Declaración de Bogotá – Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre – Derechos humanos – Organización de Estados

[1]Profesor de Derecho Internacional Público. Universidad de A Coruña. jorge@udc.es

Americanos – Corte Interamericana de Derechos Humanos – Convención Interamericana de Derechos Humanos.

ABSTRACT

Latin America has historically contributed outstandingly to the development of contemporary international law and, especially, to the development of international human rights law. In particular, the American Declaration of the Rights and Duties of Man of 1948 (known as the Bogota Declaration), adopted at the same time as the Charter of the Organization of American States, constitutes a pioneering instrument in the recognition and protection of human rights, not only in the Americas, but also at the universal level, having even preceded the Universal Declaration of Human Rights.

On the occasion of the seventieth anniversary of the Bogota Declaration, this work addresses, on the one hand, the meaning, relevance and scope of the Declaration at the regional and international levels; and, on the other hand, the issue that has led to a wide debate on this human rights instrument since its inception, that is, its legal nature. Indeed, from the very moment of the preparatory work, the debate was raised as to whether it should be a binding legal instrument, or simply a political or programmatic one without creating legal obligations for States. Although in 1948 it is finally adopted as a political declaration, we must find out whether it has acquired a legally binding character during these seventy years of existence.

KEYWORDS: Bogota Declaration - American Declaration on the Rights and Duties of Man - Human Rights - Organization of American States - Inter-American Court of Human Rights - Inter-American Convention on Human Rights

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. FUNDAMENTOS Y ALCANCE DE LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ. II. ACERCA DEL STATUS JURÍDICO DE LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ. CONSIDERACIONES FINALES

* * *

INTRODUCCIÓN

En el Derecho internacional contemporáneo, afirmaba el Profesor MARIÑO MENÉNDEZ, "ciertos derechos ocupan un lugar normativo especial por cuanto que nunca pueden ser suspendidos o derogados y deber ser plenamente respetados por todos los Estados en toda ocasión"[2]. América Latina ha tenido un protagonismo especial en el desarrollo de este Derecho internacional contemporáneo, y del Derecho internacional de los derechos humanos en particular[3]. La tradición latinoamericana de reconocimiento normativo de los derechos humanos, que podría remontarse a los trabajos de Bartolomé de las Casas, ha tenido una plasmación singularmente importante en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH o Declaración de Bogotá) que acabaría irradiando su influencia a otras latitudes, como a Europa[4], e incluso a nivel universal, tanto a la CNU como a la DUDH[5].

La Declaración de Bogotá es el nombre con el que se conoce comúnmente a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), aprobada por resolución de la IX Conferencia Internacional Americana el 30 de abril de 1948, al mismo tiempo que la Carta de la OEA. La importancia de este instrumento es tal que ha llegado a ser calificado como "el inicio de la internacionalización de la defensa y promoción de

[2] MARIÑO MENÉNDEZ, F.: "Derechos fundamentales absolutamente inderogables", en MARIÑO MENÉNDEZ, F.; GÓMEZ-GALÁN, M.; DE FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. (Coords.): *Los derechos humanos en la sociedad global: Mecanismos y vías prácticas para su defensa*, Edit. Cideal, Madrid, 2011, p. 15.

[3] En relación con la influencia de América Latina en la construcción de los derechos humanos a nivel internacional, la doctrina ha destacado que los Estados latinoamericanos llegaron incluso a influir no sólo en la Declaración Universal de Derecho Humanos, sino también en la propia Carta de las Naciones Unidas. En este sentido, puede consultarse, por ejemplo, CAROZZA, P.: "From conquest to constitutions: Retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights", *Human Rights Quarterly*, 25, 2003, pp. 281 – 313.

[4] Al respecto, BURGORGUE-LARSEN y ÚBEDA DE TORRES dejan constancia de que el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se inspira en el artículo 8 de la DUDH, que a su vez se habría basado en la DADH, pues el representante mexicano planteó la incorporación a la DUDH de la disposición de la DADH relativa al amparo, propio del sistema de protección de derechos humanos en muchos países latinoamericanos. Podría decirse lo mismo, por ejemplo, del artículo XVIII de la DADH y el artículo 25 de la CADH (cfr. BUGORGUE-LARSEN, L.; ÚBEDA DE TORRES, A.: *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 677).

[5] Cfr. CAROZZA, P. G.: "From Conquest to Constitutions: Retrieving a Latin American Tradition of the Idea of Human Rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 25, 2003, pp. 284-285.

los Derechos Humanos en el continente americano"[6] o como "la Carta Magna del sistema interamericano"[7].

El significado histórico de la DADH está fuera de toda duda, como hito en la protección internacional de los derechos humanos, tanto a nivel regional -como catálogo central de derechos humanos en el continente americano– como a nivel universal – gracias a la influencia que tuvo en la elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), a la que antecedió en unos meses-. Sin embargo, el debate en torno a su naturaleza jurídica acompañó a la Declaración de Bogotá desde sus inicios, desde el momento mismo de los trabajos preparatorios.

En este trabajo se persigue abordar la cuestión jurídica más controvertida de la Declaración de Bogotá, como es la relativa a su *status* jurídico y a su posición dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En particular, se trata de analizar si en el transcurso de estos setenta años desde su aprobación, la Declaración sigue siendo un texto político, tal y como fue concebida y aprobada, o si la evolución del sistema interamericano de derechos humanos ha permitido desarrollos que le hayan imprimido valor normativo para convertirla en un texto jurídico.

I. FUNDAMENTOS Y ALCANCE DE LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ

La Declaración de Bogotá no fue desde luego el primer instrumento en el que se proclamaban o reconocían los derechos humanos ni en el mundo ni en América[8]. La Declaración de Bogotá es incluso más importante que eso, porque es considerada como

[6] BOLAÑOS SALAZAR, E. R.: "El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y de los derechos civiles en la declaración americana de los derechos y deberes del hombre", Serie: *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, N. 17, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Observatorio de Derechos Humanos, nombre, 2014, p. 2.

[7] BUERGENTHAL, T.: "La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana de Derechos Humanos", *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Número especial en conmemoración del 40° aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, San José de Costa Rica, 1989, p. 111.

[8] PAÚL nos recuerda "en particular, algunas redactadas durante la Octava Conferencia Internacional Americana de 1938, celebrada en Lima, y en la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz" (PAÚL, A.: *Los trabajos preparatorios de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y del Origen remoto de la Corte Interamericana*, Edit. UNAM, núm. 810, Ciudad de México, 2017, p. XXV).

el primer catálogo internacional contemporáneo de derechos humanos, lo que pone claramente de manifiesto su carácter pionero en 1948[9]. En este primer momento, quedó claro que los Estados americanos firmantes no querían darle a la DADH un carácter jurídico vinculante[10], ni mucho menos crear un sistema de protección regional de los derechos humanos.

Sin embargo, lo que sí dejó establecido la DADH fue el "común entendimiento del significado de los derechos esenciales del hombre como concepto filosófico o moral"[11]. Así, la Declaración de Bogotá consagra el consenso de los Estados americanos sobre el concepto de derechos humanos que debe inspirar el funcionamiento de todo el sistema interamericano, incluyendo especialmente la Comisión y a la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (Comisión IDH y Corte IDH, respectivamente).

La DADH tiene un valor constituyente de primer orden en el sistema interamericano, en la medida en que fue aprobada al mismo tiempo que la Carta OEA, por la que se crea la Organización. De este modo, puede entenderse, por un lado, que la Declaración de Bogotá encarna el concepto de derechos humanos que tienen los Estados americanos. En efecto, el originario artículo 2 del Estatuto de la Comisión IDH establecía que, para los fines del Estatuto, "por derechos humanos se entienden los consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre". Así, puede afirmarse que la DADH recoge la consagración del concepto de derechos humanos que comparten los Estados americanos y que irradia a todo el sistema interamericano, empezando por la Comisión IDH.

Por otro lado, también cabe inferir de la aprobación conjunta de la DADH y de la CADH que los Estados americanos situaban los derechos humanos en el máximo nivel político en el momento constituyente de la OEA, con la Declaración de Bogotá como frontispicio de su reconocimiento y protección. Este máximo valor político de la Declaración se ve reforzada por el hecho de que la Carta de la OEA no contiene

[9] Cfr. PAÚL DÍAZ, A.: "La Génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Relevancia Actual de sus Trabajos Preparatorios", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XLVII, p. 362. El autor recuerda que "[h]ubo otras resoluciones internacionales que consagraron algunos derechos específicos, pero ninguna otra había dado un listado exhaustivo de los derechos humanos" (ibíd.).
[10] Así quedó claro expresamente en los trabajos preparatorios y durante la propia conferencia.
[11] BUERGENTHAL, T.: "La relación conceptual y normativa…", cit., p. 114.

disposiciones específicas en materia de derechos humanos. Por tanto, el catálogo de derechos humanos de la OEA constituye, al mismo tiempo, el primer catálogo internacional contemporáneo de derechos humanos.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la DADH fue la única fuente de referencia en el sistema interamericano en materia de derechos humanos desde su adopción en 1948 hasta la entrada en vigor de la CADH en 1978. Asimismo, y esto es aún más importante, la DADH fue la única fuente a la que tenía que acudir la Comisión IDH desde 1965, año en que fue investida con atribuciones para poder examinar las demandas individuales o colectivas en materia de derechos humanos, hasta 1978. De este modo, la Declaración de Bogotá fue el marco de referencia para fiscalizar el cumplimiento y el respeto por los derechos humanos por parte de los Estados americanos durante más de una década, e incluso lo siguió siendo después de la entrada en vigor de la CADH.

Asimismo, la importancia de la Declaración de Bogotá trasciende el ámbito regional del continente americano y adquiere un alcance universal. En efecto, la influencia de la DADH en el ámbito universal de protección de los derechos humanos estaba en la propia consciencia de sus redactores, quienes afirmaron en su informe anexo al anteproyecto de la Declaración que "podrá servir de antecedente para la declaración universal facilitando de esa manera un mayor estímulo al respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales, de acuerdo con las disposiciones de la Carta"[12]. En el mismo sentido, la delegación venezolana en la Novena Conferencia Internacional Americana afirmó que "[l]a Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre debe hacerse con criterio universalista, a fin de que en un próximo futuro puedan estar esos derechos al alcance mundial y a fin de concretar el límite común de derechos individuales aceptables por los Estados"[13]. Ahora bien, no debe caerse en una visión adanista de la DADH pues en su redacción también se tuvo en cuenta el proyecto de la propia DUDH[14], por lo que

[12] *Anteproyecto de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, p. 54.
[13] *Novena Conferencia Internacional Americana, Actas y Documentos*, Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, Bogotá, 1953, p. 621 (citado por PAÚL DÍAZ, A.: "La Génesis de la Declaración…", cit. p. 372)
[14] Sobre la influencia de la DADH en la DUDH, vid. GLENDON, M. A.: "El crisol olvidado: La influencia latinoamericana en la idea de los derechos humanos universales", *Persona y Derecho*, 51, 2004, 103-123

la influencia se dio en el doble sentido. Ello resulta evidente, por ejemplo, en el primer párrafo de la DADH que es prácticamente idéntico al del proyecto de la DUDH[15].

En definitiva, como afirmó CANÇADO TRINDADE, la adopción de la Declaración de Bogotá supuso el punto de partida en el proceso de generalización de la protección de los derechos humanos en el continente americano, afirmando su carácter inherente al ser humano, contribuyendo a su concepción integral (comprendiendo todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) y estableciendo una base normativa de protección, especialmente frente a Estados no parte en la CADH[16]. Lo que debemos plantearnos ahora es si esa base normativa permite afirmar que la Declaración es un instrumento jurídicamente vinculante o sólo un instrumento político del que no se derivan obligaciones para los Estados.

II. ACERCA DEL STATUS JURÍDICO DE LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ

De entrada, la DADH es parte integrante de un *corpus iuris* único[17], el derecho interamericano de los derechos humanos, junto con la Carta de la OEA y la CADH. Sin embargo, las tres fuentes tienen diferentes naturalezas que derivan en su cumplimiento de diferentes funciones. En palabras de BUERGENTHAL, "para algunos propósitos, estos instrumentos conforman una unidad o un todo; para otros, representan fuentes legales diferentes"[18].

En origen, la DADH no se concibió como un instrumento jurídicamente vinculante, sino más bien como un texto con valor político[19]. Uno de los principales puntos de discusión en la Novena Conferencia Internacional Americana fue,

[15] Cfr. *Novena Conferencia Internacional Americana, Actas y Documentos*, Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, Bogotá, 1953, pp. 477, 513.
[16] CANÇADO TRINDADE, A. A.: "Le système inter-americain de protection des droits de l´homme: état actuel e perspectives d´évolution à l´aube du XXIe siecle", *Annuaire Français de Droit International*, vol. 46, n. 1, Paris, 2000, p. 549.
[17] BUERGENTHAL, T.: "La relación conceptual y normativa…", cit., p. 118.
[18] BUERGENTHAL, T.: "La relación conceptual y normativa…", cit., p. 119.
[19] Esta cuestión se remonta incluso a la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz (cfr. PAÚL DÍAZ, A.: "La Génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Relevancia Actual de sus Trabajos Preparatorios", Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XLVII, p. 372)

precisamente, la naturaleza jurídica que debería atribuírsele a la DADH[20], incluyendo, entre otras, las posibilidades de convertirla en tratado o de incorporarla a la Carta de la OEA. No sólo se decidió no convertirla en tratado ni darle cualquier otra forma jurídica, sino que incluso se descartó la posibilidad de incluir en el Pacto cualquier alusión a la DADH[21]. Así, la Declaración de Bogotá nace como una declaración política, desprovista de cualquier tipo de carácter o naturaleza jurídica, por tanto, no vinculante para los veintiún Estados americanos presentes en Bogotá.

En esta misma línea se situó el Comité Jurídico Interamericano, que reafirmó que la DADH no creaba obligaciones jurídicas para los Estados[22]. El anteproyecto de la DADH había sido elaborado por el Comité a requerimiento de los Estados reunidos en la Conferencia de Ciudad de México de 1945[23]. Sin embargo, se formuló tal mandato sin que se le hubiese encomendado expresamente el estudio del papel que la Declaración debería desempeñar en el sistema interamericano[24]. A pesar de ello, el Comité consideró que los aspectos administrativos de la protección de los derechos humanos entraban en la esfera de su competencia y que, en consecuencia, debe analizar "los medios y modos por los cuales la Declaración pueda ser aplicada en la práctica [concluyendo así que] es propio incluir en su informe la cuestión relativa a la administración de la norma internacional de los derechos y deberes del hombre [reconociendo que] [e]ste aspecto del problema es, por cierto, el más difícil de todos"[25]. Por tanto, ya desde el primer momento, se puso de manifiesto la complejidad que plantearía el *status* jurídico y el rol de la DADH dentro del sistema interamericano.

---

[20] *Novena Conferencia Internacional Americana, Actas y Documentos*, Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, Bogotá, 1953, pp. 552 y ss.

[21] Propuesta de la Delegación de Venezuela con el propósito de que la DADH tuviese "un vínculo más concreto con el Pacto mismo" (*Novena Conferencia Internacional Americana, Actas y Documentos*, Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, Bogotá, 1953, p. 556).

[22] Cfr. BUERGENTHAL, T.: "The Revised OAS Charter and the Protection of Human Rights", American Journal of International Law, n. 69, 1975, p. 829; *Opinión Consultiva 10*, párr. 34.

[23]Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz

[24] *Cfr*. Resolución XL de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, Ciudad de México, 21 de febrero a 8 de marzo de 1945, que le concede al Comité seis meses para la presentación del anteproyecto.

[25]*Informe anexo al Anteproyecto de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre*, Apartado 2.7. "Una norma internacional para la protección de los derechos fundamentales", en PAÚL, A.: *Los trabajos preparatorios de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y del Origen remoto de la Corte Interamericana*, Edit. UNAM, núm. 810, Ciudad de México, 2017, p. 141

Resulta especialmente interesante la afirmación de que los Estados americanos, en el momento de formular el mandato al Comité Jurídico Interamericano, "mostraron su propósito de que los principios de la proyectada Declaración constituyan 'una regla efectiva de su conducta'"[26]. El Comité Jurídico Interamericano partió de la idea de que los Estados deben ser los primeros garantes de la protección de los derechos humanos, proponiendo en consecuencia que las disposiciones de la Declaración pasasen a formar parte directamente de la legislación de los Estados[27].

Ahora bien, cabe preguntarse si la naturaleza jurídica de la Declaración de Bogotá ha ido evolucionando a lo largo de estos setenta años de existencia y en qué sentido. En particular, es necesario determinar si la DADH ha ido experimentado de algún modo una evolución tal que permita concluir que ha dejado de ser una mera declaración política para adquirir algún tipo de valor normativo, de eficacia jurídica vinculante. Tras estos 70 años de existencia de la Declaración, no resulta muy aventurado afirmar, en vía de principio, que la evolución de la sociedad internacional y del derecho internacional, especialmente el derecho internacional de los derechos humanos, permite identificar un creciente valor normativo o jurídico en la Declaración de Bogotá.

En este proceso de transición del terreno de lo político a lo jurídico de la Declaración de Bogotá, debe destacarse el papel desempeñado por el Protocolo de Buenos Aires que habría venido a fortalecer el carácter normativo de aquélla, en línea con lo afirmado por BUERGENTHAL[28], probablemente el defensor más destacado de la naturaleza jurídica vinculante de la Declaración. El antiguo presidente de la Corte IDH concluye que el Protocolo de Buenos Aires incorporaba por referencia la Declaración de Bogotá a la Carta de la OEA, al afirmar que "la actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos vela[ría] por la observancia de tales derechos"[29]. Esa "actual Comisión" se regía por un Estatuto en el que se establecía que los derechos humanos

[26] Conferencia de la Ciudad de México, Resolución XL. *Informe anexo al Anteproyecto de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre*, Apartado 2.7. "Una norma internacional para la protección de los derechos fundamentales", en PAÚL, A.: *Los trabajos preparatorios de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y del Origen remoto de la Corte Interamericana*, Edit. UNAM, núm. 810, Ciudad de México, 2017, p. 141

[27] PAÚL, A.: *Los trabajos preparatorios de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y del Origen remoto de la Corte Interamericana*, Edit. UNAM, núm. 810, Ciudad de México, 2017, p. 54.

[28] Cfr. BUERGENTHAL, T.: "The Revised OAS Charter…", cit., p. 828.

[29] Artículo XXIII Protocolo de Buenos Aires de 27 de febrero de 1967.

serían aquellos definidos en la Declaración en tanto no llegase a entrar en vigor la CADH. Por tanto, la DADH habría adquirido, según BUERGENTHAL, un valor normativo por su incorporación indirecta a la Carta de la OEA, a través del Protocolo de Buenos Aires, en lo que se refiere a la función principal de la Comisión IDH en la protección de los derechos humanos. De este modo, el Protocolo de Buenos Aires convirtió a la Comisión IDH en órgano principal de la OEA, modificando el carácter de la DADH en tanto elevó el Estatuto de la propia Comisión al rango de parte integral de la Carta, lo que llevó a la CERNA a afirmar que "[i]t was the incorporation of the Statue into the Charter, according to Professor Buergenthal´s article, that changed the normative status of the American Declaration"[30].

Otros autores se sitúan en la línea del autor estadounidense a la hora de atribuirle carácter jurídico vinculante a la Declaración. Entre algunos de los más relevantes, cabe mencionar al antiguo juez de la Corte IDH, Pedro NIKKEN, quien hace hincapié en el valor jurídico que ha ido adquiriendo la DADH por la vía del derecho internacional general, si bien matiza la postura de BUERGENTHAL, al negar que la Declaración haya podido haber adquirido carácter normativo por la vía convencional a través de su incorporación indirecta a la Carta de la OEA[31].

Con independencia de su denominación o de la voluntad inicial de los Estados firmantes, cabe preguntarse si con el tiempo se ha podido llevar a cabo una evolución que permita concluir la existencia de una *voluntad* en obligarse por la DADH. Éste es, precisamente, el planteamiento del que parte la Corte IDH en la *Opinión Consultiva número 10* en la que analiza el *status* jurídico de la Declaración de Bogotá. En efecto, la Corte afirmó que "no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el

[30] Cfr. CERNA, C.: "International law and the protection of human rights in the Inter-American system: rethinking national sovereignty in the age of regional integration", *Houston Journal of International Law*, Vol. 9, 1997, p. 744.
[31] NIKKEN, P.: "La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del Moderno Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Número conmemorativo del 40 Aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, San José, 1989, pp. 65-99.

sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración"[32].

En las consultas formuladas a los Estados, se visualizaron con nitidez las posiciones enfrentadas y diametralmente opuestas en torno a la naturaleza jurídica de la DADH. En relación con el carácter jurídico vinculante, se pronunció claramente en contra EE.UU., atendiendo a la naturaleza política de la Declaración, en la medida en que "no fue redactada como un instrumento jurídico y carece de la precisión necesaria para resolver complejas dudas legales. Su valor normativo estriba en ser una declaración de principios básicos de carácter moral y de carácter político […] no en ser un conjunto de obligaciones vinculantes"[33]. Venezuela se posicionó con Estados Unidos afirmando que la Declaración no es un tratado internacional y que sólo "formula obligaciones políticas o morales para los sujetos del derecho internacional, limitando en consecuencia su exigibilidad"[34].

Por otro lado, tres Estados se posicionaron claramente a favor del carácter jurídico vinculante de la Declaración, ya sea parcialmente, reconociendo que no es un tratado internacional para que algunos de sus derechos tienen la categoría indiscutible de costumbre internacional", como afirmó Costa Rica; ya sea plenamente, como Perú, para quien el artículo 29 CADH[35] le habría conferido a la Declaración "una jerarquía similar a la que tiene la propia Convención para los Estados partes"[36], o como Uruguay, que afirmó también con claridad 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"[37].

[32] Párrafo 37. La Corte se remite al conocido pronunciamiento de la CIJ en el que estableció que "un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar" (Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), *Advisory Opinion, I.C.J. Reports*, 1971, pp. 16-31).
[33] Párrafo 12.
[34] Párrafo 15.
[35] Este artículo prohíbe toda interpretación que conduzca a "excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".
[36] Párrafo 13.
[37] Párrafo 14.

En su razonamiento, la Corte IDH dejó claro el enfoque que adoptaría para resolver la cuestión al tomar como punto de partida la evolución del derecho interamericano de los derechos humanos y la función de la Comisión IDH. Por un lado, la Corte afirma que "la evolución del 'derecho americano' en la materia, es una expresión regional de la experimentada por el Derecho Internacional contemporáneo, y en especial el de los derechos humanos"[38]. Por otro lado, la Corte apela a las disposiciones de la Carta de la OEA que facultaban a la Comisión IDH para llevar a cabo su función de velar por la observancia de los derechos humanos en el continente, tal y como son enunciados y definidos en Declaración de Bogotá[39]. Asimismo, la Corte se remite a diversas resoluciones de la Asamblea General que permiten afirmar que la DADH puede ser considerada como una fuente de obligaciones internacionales para los Estados americanos. Así, por ejemplo, la resolución 314 (VII-0/77) encomendó a la Comisión la elaboración de un estudio sobre "la obligación de cumplir los compromisos adquiridos" en la DADH; mientras que la resolución 371 (VIII-0/77) reafirmó "su compromiso de promover el cumplimiento" de la Declaración o la resolución 370 (VIII-0/78) se refirió a los "compromisos internacionales" de respetar los derechos del hombre "reconocidos por la [DADH]" por un Estado miembro de la Organización[40].

Si bien la fuente concreta de las obligaciones en materia de derechos humanos para los Estados es la CADH, la Corte también considera que "hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29.d), no obstante que el instrumento principal que rige para los Estados Partes en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA"[41]. De hecho, la Corte ha utilizado el artículo 29 con frecuencia para interpretar y aplicar la CADH a partir de la DADH, o incluso a partir de sus trabajos preparatorios[42].

[38] Párrafo 38.
[39] Párrafos 39 – 40.
[40] Párrafo 42.
[41] Párrafo 46.
[42] Así, a título de ejemplo, destacan los casos *Baby Boy*, *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") contra Costa Rica, Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) contra Guatemala, o Atala Riffo y niñas contra Chile*. Para un estudio más detallado, especialmente del caso *Baby Boy*, PAÚL DÍAZ, A.: "La Génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Relevancia Actual de sus Trabajos Preparatorios", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XLVII, p. 361-395.

De todo ello, la Corte concluye que "a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene 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 a ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA"[43]. Por tanto, "la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales"[44]. En consecuencia, la Corte estableció que la Declaración "había sido concebida por los Estados miembros de la OEA como una fuente de obligaciones jurídicas, internacionales, mediante una Resolución de su Asamblea General adoptada por consenso"[45].

En la actualidad, y después de estos setenta años de evolución, con una acción decidida por parte de los principales órganos del sistema de interamericano de derechos humanos, la Corte y la Comisión IDH, resulta mucho más difícil sostener que la DADH no tiene eficacia jurídica vinculante. En efecto, a pesar de que la Declaración de Bogotá no fue concebida ni aprobada con la intención de crear obligaciones para los Estados, se ha ido convirtiendo paulatinamente en un instrumento jurídico vinculante gracias, fundamentalmente, a la interpretación y aplicación por los órganos del sistema y a la cristalización de su contenido como norma consuetudinaria generalmente aceptada por los Estados americanos[46].

[43] Párrafo 43.
[44] Párrafo 45.
[45] PASCUAL VIVES: "Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionals de derechos humanos", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI (2014), p. 141.
[46] En este sentido, véase el reciente trabajo de GHIDIRMIC, B.: "The American Declaration of the Rights an Duties of Man: An Underrated Gem of International Human Rights Law", *Journal of Law and Public Administration*, Vol. IV, Issue 7, 2018, p. 58; o, entre otros, ORTIZ AHLF, L.: "Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en MARTÍN, C.; RODRÍGUEZ PINZÓN, D.; GUEVARA BERMÚDEZ, J. A.: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Universidad Iberoamericana, 2004, p. 27.

CONSIDERACIONES FINALES

En el 70 aniversario de la Declaración de Bogotá, puede afirmarse que la situación jurídica de los derechos humanos en el mundo, existiendo todavía graves vulneraciones, es exponencialmente mejor y sustancialmente diferente a la que existía en el momento de la aprobación de la aprobación de la Declaración de Bogotá. El nivel de desarrollo en el reconocimiento y protección de los derechos humanos se ha ido incrementando y consolidando, tanto a nivel estatal -a través de las Constituciones-, como a nivel regional -a través de los sistemas regionales de protección- y universal -gracias a la acción decidida de Naciones Unidas-.

Desde los mismos trabajos preparatorios de la Declaración y hasta la actualidad, se ha ido desarrollando un debate acerca de su *status* jurídico en el que básicamente se pueden establecer tres posturas claramente diferenciadas: por un lado, la de quienes consideran que la Declaración de Bogotá no tiene naturaleza jurídica vinculante; por otro lado, la de quienes consideran lo contrario, atribuyéndole tal naturaleza; y, finalmente, la de quienes consideran que sí goza de cierto carácter jurídico. La mayor parte de la doctrina, diversos Estados americanos y los principales órganos del sistema interamericano, incluyendo a la Corte, la Comisión, el Comité Jurídico Interamericano o la Asamblea General, han ido sentando las bases para el reconocimiento del carácter jurídico vinculante de la Declaración de Bogotá.

En este contexto, y teniendo también en cuenta la evolución que ha experimentado la DUDH, resulta más plausible afirmar la naturaleza jurídica y el valor normativo de la DADH, sobre todo en lo que se refiere a aquellas disposiciones relativas a derechos fundamentales que se han ido consolidando por la vía del derecho internacional general, de la acción pretoriana de la Corte IDH, reforzada por la Comisión IDH y por referencia a la Carta de la OEA. Por tanto, la ausencia de naturaleza jurídica de origen se ha ido compensando, fundamentalmente, por la vía de la práctica estatal y de la actividad jurisprudencial de la Corte IDH. En este sentido, podría sostenerse la opinión de BUERGENTHAL para quien la Declaración tiene un carácter dual, “a la vez político y legal [que] le confiere una condición especial y le permite desempeñar un papel singular

dentro del contexto interamericano"[47]. Desde luego, podrá sostenerse que desde un punto de vista formal la Declaración no fue adoptada con carácter jurídico vinculante, pero no podrá sostenerse desde un punto de vista sustantivo que algunas de sus disposiciones relativas a derechos fundamentales básicos no son obligatorias para los Estados.

La DADH, que fue el único instrumento de referencia de los derechos humanos en el sistema interamericano durante los treinta años transcurridos entre su adopción y la entrada en vigor de la CADH, vendría a reflejar la concepción filosófica o moral de los derechos humanos en América, declarándolos inherentes al ser humano. Sin duda, la CADH constituye la plasmación jurídica de tales derechos, instrumentalizando su ejercicio y condicionándolo o sometiéndolo al principio de soberanía de los Estados, de tal modo que si los Estados no han aceptado la jurisdicción de la Corte no podrán ser objeto de protección en el sistema interamericano. Ahora bien, en este proceso de judicialización de los derechos humanos la Declaración de Bogotá ha desempeñado un papel nuclear, desde la fase de estudio y tramitación de las demandas por la Comisión hasta la fase judicial, donde la Corte no sólo ha utilizado la Declaración, sino incluso sus trabajos preparatorios. No en vano, la Corte no puede aplicar la CADH sin aplicar la DADH, que contiene la definición de los derechos humanos en el continente americano como interpretación auténtica de la Carta de la OEA en la materia.

[47] BUERGENTHAL, T.: "La relación conceptual y normativa…", cit., p. 112.

Revista Electrónica Iberoamericana ISSN: 1988 - 0618
http://www.urjc.es/ceib/ Vol. 13, Edición Especial, 2019

COMPARACIÓN ENTRE LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ Y LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS*

COMPARISON BETWEEN THE DECLARATION OF BOGOTÁ AND THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS

Carlos Molina[1]

Universidad de Medellín, Colombia

RESUMEN

Este trabajo analiza el alcance de dos instrumentos clave: la Declaración de Bogotá y la Declaración Universal de Derechos Humanos, fruto de una misma época, aunque con alcance y contenido diferentes.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos, Declaración Universal, Declaración de Bogotá.

ABSTRACT

This paper analyzes the scope of two key instruments: the Declaration of Bogotá and the Universal Declaration of Human Rights, result of a same period, although with different scope and content.

KEYWORDS: Human Rights, Universal Declaration, Declaration of Bogotá.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LA DECLARACIÓN DE BOGOTA Y LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS COMO INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN SOCIAL. A. Elementos que acercan las dos Declaraciones. B. Elementos que diferencian las dos Declaraciones. II. LOS SINGULARES APORTES DE LA DECLARACIÓN DE BOGOTA Y DE LA

* El presente artículo forma parte de la Investigación inscrita en la Vicerrectoría de investigaciones de la Universidad de Medellín, sobre los Conflictos interpretativos entre las Altas Cortes en Colombia (Código 1003).

[1] Posdoctor en sociología jurídica de la Escuela Práctica de Altos Estudios (Francia). Doctor en Derecho público de la Universidad Panthéon-Paris 2 (Francia). Ex Director del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Actualmente Procurador Judicial 2 administrativo. Investigador de la línea de investigación en estructura y funcionamiento del estado, adscrita al Centro de Investigaciones jurídicas de la Universidad de Medellín. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. cmolina@udem.edu.co

DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. A. El Aporte Estructural como Sistema de Protección de Derechos Humanos de la Declaración De Bogotá. B. El aporte de paz universal de la Declaración Universal de Derechos Humanos. CONCLUSIONES.

* * *

INTRODUCCIÓN

La Declaración de Bogotá cumple 70 años. Esta importante manifestación mundial, más conocida como la Declaración americana de los deberes y derechos del hombre, realizada en Bogotá el 30 de abril 1948[2], dentro del contexto de la IX Conferencia internacional americana, tiene tanto de relación como de disimilitud con la Declaración Universal de Derechos Humanos

En efecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada por la III Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948 en París, solamente unos meses después de la Declaración de Bogotá, con una aprobación unánime de los 56 miembros de las Naciones Unidas que votaron el texto final[3]. Esta Declaración no es sino una culminación de un proceso lento de universalización de los derechos humanos, inspirados en primer lugar en el legado histórico de Grecia, con las enseñanzas en derechos naturales dejados por los tres grandes maestros: Platón[4], Aristóteles[5] y Sócrates[6]. Como una necesidad normativa, dichas enseñanzas vienen a encontrar la política y el Estado con la filosofía de los derechos humanos, la cual comenzó con la

[2] Ver, Novena Conferencia Internacional de los Estados Americanos: "Acta final; resolución XXX", Bogotá,
Colombia, Marzo 30 - mayo 2, Considerandos, párrafo primero, Edit. UPA, 1948.
[3] Aunque Sudáfrica, Arabia Saudita y la Unión Soviética se abstuvieron. Ver, La Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III), como un estándar ideal común para ser alcanzado por todos los pueblos y naciones del mundo. La Declaración establece, por primera vez, los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero. https://www.humanium.org/es/derechos-humanos-1948/
[4] Ver, Sebastián Contreras, "Justo por naturaleza y justo convencional en Platón: A propósito de la refutación platónica a la doctrina del homo mensura", en: Revista de la Facultad de derecho y ciencias políticas. Vol. 43, No. 119 / p. 503-532 Medellín - Colombia. Enero-Junio de 2013, ISSN 0120-3886.
[5] Ver, Aristóteles, *Éthica Nicomachea,* trad. de W. D. Ross, Oxford University Press, London, 1925.
[6] Ver, Gregorio Peces-Barba, *Introducción a la filosofía del derecho*. Madrid: Editorial Debate. 1983.

Ilustración de John Locke[7], los escritos de *El Contrato Social*, de Rousseau[8], y los bellos escritos sobre el control del poder de Montesquieu[9].

Dichos escritos buscaban una nueva forma de asociación entre el gobierno y sus gobernados. En dichos escritos cada ciudadano, a cambio de obedecer a las leyes, exigía respeto mediante un pacto que el firmara con el gobernante de turno. Todo ese legado literario viene finalmente a ser impuesto por escrito en textos constitucionales y legales, en medio de una Revolución sangrienta que le cuesta la cabeza a los gobernantes autoritarios. Por ello, el texto de la Declaración Universal de derechos humanos de 1948 recoge muchas de estas enseñanzas y las condensa con los principios que retoma de la Declaración francesa de derechos del hombre y del Ciudadano de 1789.

Lo anterior, no es sino una revancha de la historia, luego de los horrores vividos en la Primera Guerra mundial (18 millones de muertos) y de su hermana mayor, la Segunda Guerra Mundial (60 millones de muertos), en donde la comunidad internacional, en los inicios de la conocida "Guerra fría", decidió elaborar una carta de derechos que afirmara principalmente los valores humanos defendidos en la lucha contra el fascismo y el nazismo, luego una carta de derechos que sirviera de guía y parámetro de respeto al mundo entero[10]. El texto final es un texto pragmático, resultado de numerosos consensos políticos, e inspirado en parte de la Declaración de Bogotá, la cual ocho (8) meses antes había deslumbrado al mundo entero por la importante decisión de todo un continente de luchar unidos en contra la violencia y la guerra. Lo que convierte a esta Declaración en un verdadero tratado de paz mundial, adoptado por la gran mayoría de los países asistentes.

Es por ello que *la Declaración de Bogotá de 1948 deja una huella imborrable para en el siglo XX, dado que se proclama por la primera vez la historia del continente americano una declaración internacional que viene a completar un legado importante dejado por otros países: Inglaterra, Francia y EE.UU en particular.* El objetivo principal del tratado es imponer una obligación general a los miembros firmanes para resolver sus

[7] Ver, John Locke, *Escritos sobre la tolerancia,* edición de Luis Prieto Sanchís y Jerónimo Betegón Carrillo, Madrid, 1999.
[8] Ver, Jean Jacques Rousseau, *El Contrato Social*, Barcelona, Imprenta de los herederos de Roca, 1836.
[9] Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1906.
[10] La organización del texto fue confiado a un comité presidido por Eleanor Roosvelt y 18 miembros de diferentes países. La Carta final fue redactada por el canadiense John Peters Humphrey y revisada luego por el francés René Cassin.

conflictos a través de medios pacíficos. También se les obliga a agotar los mecanismos regionales de solución de los asuntos antes de acudir al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

De manera general, se podría afirmar que esta Declaración deja consignado un gran legado de paz que sirve de guía para dibujar los rasgos fundamentales del régimen político de cada país miembro, al establecer la prioridad de los derechos humanos frente a Cartas de derechos políticos que hasta ese momento reinaban en América. Lo anterior enriquece de manera importante el legado constitucional que ya conocía el mundo, por imprimirle el compromiso de respetar los derechos de las personas por encima de las instituciones. Es decir, que a partir de ese momento, la Constitución de los países americanos deja de ser solamente política para convertirse también en un tratado de acuerdos sociales que ningún régimen político podía desconocer.

En este sentido, la Carta de Declaración de Derechos de Bogotá, parece retomar los grandes avances institucionales de países como Inglaterra, Francia, Estados Unidos, para crear su propio esquema de teoría de derechos para el continente americano. En realidad esta Declaración parece retomar mucho de la evolución constitucional de toda la humanidad. Este nuevo modelo constitucional es un concentrado institucional comparado, enriquecido con tres importantes avances de derechos de referencia en el mundo: Inglaterra, Estados Unidos, Francia.

En primer lugar, las conquistas individuales de los ingleses vienen a ser consignadas primero en la Declaración francesa de 1789 y luego en la universal de 1948. En efecto, la primogénita Carta Magna de 1215, (*Magna Charta libertatum*), proclamada por el Rey Juan I de Inglaterra, asegura por la primera vez en la historia moderna los derechos de los ciudadanos ingleses. Los 63 artículos de los cuales consta la Carta Magna, aseguran los derechos feudales de la aristocracia frente al rey: la lucha entre nobles normandos y nobles anglosajones terminó en esta declaración de derechos, que garantizaba ciertas libertades sin restricción del poder real. Esto constituye una primicia universal, en donde el infinito poder real fue limitado por la primera vez en la historia, en beneficio de unos nobles parlamentarios que exigían respeto y garantías por su linaje. De esta manera el constitucionalismo inglés funda el principio de la limitación del poder y de la soberanía del rey, lo que da origen sin saberlo al sistema constitucional moderno. Dicho modelo se refuerza más tarde con el *instrument of goberment* de 1653, y la

Revolución Inglesa de 1688, que consolidarían el denominado modelo del poder limitado con un no escrito constitucionalismo anglosajón. Lo propio se encuentra en las dos Declaraciones acá estudiadas cuando interpone los derechos de las personas por encima de los derechos del Estado.

Dicho principio razonado de ejercer el poder, viene luego a dar origen al nuevo sistema republicano norteamericano, que inicia al otro lado del atlántico en las colonias inglesas de Estados Unidos. El principio acordado en Inglaterra en 1215 que sostenía que el rey no podía aumentar los impuestos sin la aprobación general del reino, se aplicaría casi literalmente en la exigencia política de la Guerra de Independencia de Estados Unidos a finales del siglo XVIII: "*No taxation without representation*!". Ninguna tributación sin representación apropiada en el Parlamento, lo que originó la independencia de los Estados Unidos y la creación de un modelo republicano. Lo propio se encuentra en las dos Declaraciones acá estudiadas cuando versa todos los derechos y deberes de los sistemas republicanos en una lista de imperativos sociales que deben ser respetados; su desconocimiento puede entrenar sanciones.

El modelo norteamericano supo conservar esta tradición de un texto referente que comenzó con la promulgación del Bill of Right de la Declaración de los Derechos de Virginia (1776), y que se constituye en el gran pilar universal de la proclamación y defensa de los derechos humanos. Texto este que serviría, en primer lugar, para proclamar tres principios fundadores del derecho constitucional moderno: la libertad, igualdad y la autodeterminación de los pueblos; y en segundo lugar, para inspirar a casi todas las naciones del mundo a implementar una Carta de Derechos, que serviría de muralla al despótico e irracional poder de los gobernantes. Este constitucionalismo primario sirvió de base para desarrollar la original idea de crear por la primera vez en la historia de los hombres una Constitución escrita que sirviera como límite al poder. Allí se consignaron trece (13) enmiendas que servirían de base para la fundamentación del régimen constitucional norteamericano que se caracteriza principalmente por el control constitucional de las leyes y decisiones gubernamentales. Las dos Declaraciones en estudio consignan el control constitucional de las leyes y de las decisiones presidenciales como uno de los pilares más importantes del respeto del ser humano. Estos principios fundadores los retoman en primera línea la Declaración de Bogotá de 1948.

Estas evoluciones, servirán de base para que la Declaración de Bogotá fundara de

forma universal los principios adoptados en la revolución Americana de 1776 y aquella francesa de 1789. En esta Declaración surgen claramente los tres grandes principios que dominarán a futuro todas las ambiciones de poder de los gobernantes: la libertad, la igualdad y la dignidad de la persona, como derechos naturales e inalienables que deben guiar a toda sociedad liberal moderna. Las dos Declaraciones en estudio consignan el control del poder como uno de los pilares más importantes del respeto del ser humano. Es en realidad una visión integral de los derechos humanos tanto civiles, políticos, económicos, sociales, como culturales. Si observamos bien, el contenido de la Declaración Americana posee una gran similitud con el de la Declaración Universal de Derechos Humanos, dicha coincidencia reside en que ambos textos son contemporáneos, sucesores de dos guerras mundiales, y contenedores de principios, derechos y deberes de la persona humana, en donde el derecho internacional de los derechos humanos se hallaba todavía en construcción[11].

Estos principios fundadores los retoman en primera línea la Declaración de Bogotá de 1948, *pero también servirían de base no solamente a la Declaración universal de derechos, sino para el avance social de la Constitución Alemana de 1949, que en sus artículos 20, proclama un Estado federal democrático y social, y también su artículo 28, que establece una obligatoria armonía entre el orden constitucional de los Estados (Landers) y los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social*[12]. *Seguido del artículo primero de la Constitución española de 1978, que por su influencia en nuestro Continente quedó registrado en la Constitución colombiana de 1991 como el nuevo Estado social y democrático de Derecho, el cual todavía pena por tener una definición clara y precisa*[13].

A partir de estos importantes avances, Colombia, como otros países del continente americano, pudo construir su propia idea de nación, como lo dijera David Bushnell, a pesar de si misma[14]. *Esta experiencia institucional, basada en las Declaraciones de 1948, en medio de doscientos años de soledad y abandono del Estado,*

[11] Ver, Claudia Martín, Diego Rodriguez,-Pinzón y José A. Guevara B. (Compiladores), *Derecho internacional de los Derechos Humanos*, México D.F. Universidad Iberoamericana, 2006. ISBN: 968-476-490-1.
[12] Ver, Luis Villar Borda, *Estado de derecho y Estado social de derecho*, Universidad de la Rioja, Revista Derecho del Estado, Nº 20 de diciembre 2007.
[13] Ver, Corte Constitucional, Sentencias C-566 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes; y C-587 del 12 de noviembre de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.
[14] Ver, David Bushnell, *Colombia una nación a pesar de sí misma*, Bogotá, Planeta, 1996.

ha dejado ver un primer rasgo de identidad: una gran distancia entre la promesa de la norma y la dura realidad que la niega, característica importante del constitucionalismo colombiano.

Por ello, el estudio de estas dos Declaraciones dejará entrever, en primer lugar, las bases de una lenta construcción de un sistema de protección de derechos humanos (I), para luego, en un segundo lugar, mirar cuál ha sido en gran aporte de ambas Declaraciones (II).

I. LA DECLARACIÓN DE BOGOTA Y LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS COMO INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN SOCIAL

Dentro de esta lenta construcción, las dos Declaraciones guardan elementos importantes que las acercan (A), así como otros que las diferencian (B).

A. Elementos que acercan las dos Declaraciones

Entre los elementos más comunes que acercan las dos grandes Declaraciones de Derechos, tenemos: 1. La Dignidad humana, 2. La universalidad de los derechos, y 3. Los derechos humanos como guía del Derecho.

1. La Dignidad humana: Dentro de las consideraciones de forma que se encuentran en la Declaración de Bogotá y la Declaración universal de Derechos Humanos, se destaca primeramente el profundo apego a la dignidad humana. Si la Declaración universal se expresa en términos filosóficos a toda la humanidad, la Declaración de Bogotá de 1948 era referida a los pueblos americanos, pero sin dejar de resaltar que la Declaración universal acoge, por la primera vez en la historia de la humanidad, la voluntad de crear un texto que sirviera de base a todas las instituciones jurídicas y políticas del mundo, rectoras de la vida en sociedad. En ambas, el fin principal de la Declaración es la protección de los derechos esenciales del hombre, así como la creación de circunstancias políticas, económicas y sociales, que le permitieran a la sociedad de progresar espiritual y materialmente para alcanzar la felicidad.

Según la Declaración universal, 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. Para desarrollar adecuadamente ese respeto mundial, la Declaración universal considera esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones. En ese sentido todos los pueblos reunidos en las Naciones Unidas afirman su profunda fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres. De esta manera, se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Así el Pacto de Bogotá establece claramente que los Estados Americanos han reconocido expresamente que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacionales de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana.

2. La universalidad de los Derechos: tanto la Declaración universal como la de los Estados americanos reconocieron clara y explícitamente que los derechos esenciales del hombre no nacían por el solo hecho de pertenecer a un determinado Estado sino que tenían como fundamento los atributos de la persona humana. En la Declaración universal, esta universalidad se presenta como indispensable, ya que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos, como venía de constatarse en la II Guerra mundial, había originado actos de barbarie, ultrajantes y degradantes para la conciencia de la humanidad, y que por ello era necesario proclamar, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo nuevo, en donde los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad, principalmente de la libertad de palabra, de desplazamiento y de la libertad de conciencia.

3. Los Derechos Humanos como guía del Derecho: en ambas Declaraciones se establece expresamente que la protección internacional de los derechos del hombre debería ser guía principalísima del derecho en evolución. En ese sentido, la Declaración de Bogotá es más explícita que la Declaración universal, al establecer que la consagración americana de los derechos esenciales del hombre, unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establecerá un sistema inicial de protección que los Estados americanos garantizarán, considerándolo adecuado a las circunstancias sociales y jurídicas del momento; no sin dejar de reconocer que aquellas deberían fortalecerse

cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias fueran siendo más propicias. En la Declaración universal también se considera, de manera menos explícita pero contundente, que los derechos humanos allí proclamados sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión. Para ello, los Estados miembros se comprometen a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, con la convicción común que estos derechos y libertades proclamadas universalmente son de la mayor importancia para el pleno cumplimiento del compromiso unánime de respetarlos.

Con esto, tanto la Declaración Americana de los derechos y los deberes del hombre, como la Declaración universal de Derechos humanos, se inscriben en un proceso histórico americano en el que la idea de que el ser humano es un titular de derechos propios a su naturaleza; y que además, por su trascendencia e importancia para la humanidad son inalienables e imprescriptibles. De cierta manera, estas dos Declaraciones vienen a consolidar un ideal invariable de nuestra historia humana en su evolución política y jurídica[15].

B. Elementos que diferencian las dos Declaraciones

Varios son los elementos que distinguen cada una de las Declaraciones los encontramos en sus preámbulos en estudio: 1. Los derechos, y 2. Los deberes.

1. Los derechos: en la Declaración Universal de 1948 vemos como se retoman, casi textualmente los derechos del Preámbulo de la Declaración francesa de 1789, con algunas diferencias importantes. Como en 1789, se proclama que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, dotados por naturaleza de razón y conciencia, por ello deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. Por esta igualdad, es deber de cada uno el respeto del derecho de los demás. En este sentido, derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre.

[15] Ver, Héctor Gros Espiell, "La declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Raíces conceptuales en la historia y el derecho americano", en: "Estudios sobre Derechos Humanos II", pág. 88; Madrid (España), Civitas, 1988.

Por ello podemos ver claramente como en el texto de la Declaración universal de 1948 se consagran expresamente y de forma general los derechos a la vida, la libertad y la seguridad de las personas. Le siguen en materia personal, el derecho a la protección de la honra, la reputación personal, la vida privada, y a la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia; a constituir y a recibir protección para la familia; el derecho a la propiedad; el derecho a la protección de la maternidad y la infancia. De igual manera el texto consagra otros derechos considerados para la época como de avanzada, como el reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho de igualdad ante la ley y la no discriminación en el goce de los derechos humanos; el derecho de libertad religiosa y de culto; el derecho a la nacionalidad; el derecho a la libertad de investigación, de opinión y expresión; el derecho de residencia y tránsito; el derecho de asilo y el derecho a peticionar a las autoridades.

En materia laboral, el derecho al trabajo, a una justa retribución, al descanso y al aprovechamiento del tiempo libre; y a gozar los beneficios de la seguridad social que les proteja por causa de desocupación, vejez o incapacidad. Desde allí se fijan los parámetros para establecer posteriormente la maternidad, la infancia y la vejez, tienen derechos a cuidados especiales y asistencia, describiendo a la familia como “la unidad grupal natural y fundamental de la sociedad”. En la Declaración americana no se hace mucha referencia expresa y directa a los niños pero si los incluye como referencia directa a los Derechos de la humanidad. De hecho, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 se basó en esta Declaración, como fundamento de derechos humanos.

Pero también, en los 30 derechos que pretende proteger la Declaración americana se refiera a los derechos económicos y sociales, como el derecho a la preservación de la salud y el bienestar social; el derecho a la educación; y a gozar de los beneficios de la cultura. Por último, se consagran importantes derechos procesales como el derecho a la justicia o a la igualdad ante la ley; la protección contra la detención arbitraria y la presunción de inocencia; así como derechos políticos como el derecho al sufragio y a la participación en el gobierno; y el derecho de reunión y de asociación pacíficas.

Esta Declaración de derechos es mucho más amplia que la que Declaración de Bogotá, lo cual es lógico por la universalidad que aquella engendra; sin embargo la Declaración americana contiene unos deberes que no se consagran en la Declaración que le sigue, lo que hace el texto americano mucho más rico y completo por cuanto desde la

Declaración francesa de Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 se sabe que no puede haber derechos sin deberes que los complementen.

2. Los deberes: según la Declaración de 1948, si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad. Así, los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan. Por ello, en la Declaración de 1948 es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría. De igual manera, se lee en este Preámbulo que es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu. Consideran los declarantes de 1948 que puesto que la moral y buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre.

En su seno, la Declaración americana posee todo un capítulo referido a los deberes que contemplan obligaciones de las personas respecto de la sociedad: de cuidado de los hijos y los padres; de instrucción; de sufragio; de obediencia a la ley; de servir a la comunidad y a la Nación; de asistencia y seguridad sociales; de pagar impuestos; de trabajar; y de abstenerse de actividades políticas en país extranjero.

Pero estas dos Declaraciones más que complementarias, guardan en su interior unos aportes individuales, propios a cada una de ellas que las convierten en elementos de desarrollo para todo el derecho internacional de los derechos humanos que vendrá después.

II. LOS SINGULARES APORTES DE LA DECLARACIÓN DE BOGOTA Y DE LA DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

Para una mejor comprensión de cada una de esta Declaraciones, veremos en primer lugar, el aporte estructural como sistema de protección de derechos humanos que engendra la Declaración de Bogotá (A), para analizar en un segundo lugar, el importante aporte de paz universal de la Declaración universal.

A. El Aporte Estructural como Sistema de Protección de Derechos Humanos de la Declaración De Bogotá

Como un legado al sistema interamericano de Derechos Humanos, la Declaración de Bogotá tiene mucho que ver con el nacimiento y desarrollo de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humamos[16], tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el establecimiento de la Corte Interamericana en San José de Costa Rica [17]. Igualmente, la Declaración de Bogotá da nacimiento a la Organización de Estados americanos OEA[18], que es una de las consecuencias directas del Pacto por cuanto permite por la primera vez en la historia que un gran número de países del Continente Americano decidan ir juntos hacia un fin de protección común[19]. Pero además, esta Declaración aporta un fundamento internacional a los derechos humanos y una base sólida para la consolidación del sistema interamericano de protección de los derechos humanos[20], así como el futuro advenimiento del derecho internacional público contemporáneo[21].

Es por ello que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, echó las bases para que los Estados miembros supieran claramente cuáles eran los derechos a que debían ser garantizados en la Carta de la OEA, y también sirvió de base legal para el propio Pacto de San José de Costa Rica, como fundamento legal y procedimental de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el desarrollo competencias consultivas[22] y

[16] Ver, Manuel Diez de Velasco, "Las Organizaciones Internacionales" X Edición, Madrid, Edit. Técnos, España, 1997.
[17] Ver, Fabián O. Salvioli, "El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la Protección Internacional de los Derechos Humanos", en:
Salvioli, Fabián: "El desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos, a partir de las Declaraciones Universal y Americana", en: "Relaciones Internacionales N 13", pág. 79; edit. Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 1997.
[18] Ver, T. Buergenthal; R. Norris, y D. Shelton: "La protección de los derechos humanos en las Américas". Cívitas, Madrid, (España), e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1990.
[19] Ver, Rafael Nieto Navia, "Introducción al sistema interamericano de protección de los derechos humanos", Bogotá, Temis, Colombia, 1993. Págs. 39 y ss,
[20] Ver, Carlos Restrepo Piedrahita, *Apuntes sobre el sistema interamericano,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Colección Temas de Derecho N° 79, Instituto de Estudios constitucionales 2009. ISBN: 978-958-710-354-0.
[21] Pedro Nikken, "El derecho internacional de los derechos humanos, su desarrollo progresivo", Madrid, (España), Cívitas, 1987.
[22] Ver, Jorge Ernesto Roa, *La Función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015. ISBN: 978-958-772-2536.

jurisprudenciales[23], de obligatorio cumplimiento, reconocidas por todos los miembros asociados.

Todas las actuaciones que se atribuirían a la Comisión y a la Corte, en sus diferentes funciones de protección, son hoy mecanismos claros, muy reconocidos dentro de un sistema de cooperación mutua continental. Incluso, el funcionamiento de la Comisión concibe expresamente a la Declaración Americana como instrumento de aplicación. Este Pacto tiene algunos medios de solución pacífica de conflictos: buenos oficios, como la mediación, la conciliación, el arbitraje, la investigación, y la intervención judicial. Dicho acuerdo confiere jurisdicción a la Corte Interamericana de Justicia.

De esta manera, el Estatuto de la Comisión establece que los derechos humanos de los cuales ella se ocupa son aquellos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, están reservados para los Estados miembros de la OEA que hayan ratificado el Pacto de San José de Costa Rica. En ese sentido, estos derechos que la Declaración de Bogotá concibe se han convertido en referentes de interpretación tanto para la Comisión[24] como para la Corte[25]. Por ello, el artículo 29d de la Convención americana de derechos del hombre, señala expresamente que ninguna disposición de la Convención podría ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan

[23] Ver, Elizabeth Salmón, *Jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad del Rosario, Col. Textos de Jurisprudencia, 2011. ISBN: 978-958-738-195-5.

[24] Ver, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe de la Situación de los Derechos Humanos en Chile OEA/Ser. L/V/II.34, doc. 21, 1974; informe de la Situación de los Derechos Humanos en Argentina, OEA/Ser. L/V/II.49, doc. 19, 1980; "Informe Anual 1997", págs. 959 y 986, Washington, Estados Unidos, 1998; "Informe Anual 1997", págs. 1054/55; "Informe Anual1986/87", OEA. Ser L.V.II.71, Doc. 9, párr. 64; Washington D.C. 1987, Washington, Estados Unidos, 1998; Informe 51/96 (13 de marzo de 1997), en "Informe Anual 1996", págs. 358 y 359; e "Informe Anual 1997", págs. 207/08, Washington, Estados Unidos, 1998.

[25] Ver, Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Interpretación de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A N 10, parágrafo 25, pág. 15. Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, 1989. Ver también, "Interpretación de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A N 10, parágrafo 37, págs. 20/21. Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, 1989. Además, se puede consultar "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal"; Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A N 16, parágrafos 11 y 12. Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, 1999. En el mismo sentido, ver, la "Interpretación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el marco del art. 64 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos", Opinión Consultiva OC 10/89 (párrafos 41/42) del 14 de julio de 1989; Serie A N 10, Edit. Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, 1990. Por último, ver el Caso "Loayza Tamayo contra Perú; (Reparaciones); Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C N 42; y Caso "Villagrán Morales y otros contra Guatemala; Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N 63.

producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y "otros actos internacionales de la misma naturaleza"

Por último, esta Declaración sirvió de base para muchas otras específicas que vendrán a reforzar el sistema universidad de protección de los Derechos humanos, tales como la Declaración universal de los Derechos humanos (1948); la Convención para la prevención y sanción del Delito del genocidio (1948); la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1963); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (1966); el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966); la Convención americana de los Derechos humanos (1969); la Convención de Viena, sobre el derecho de los tratados (1969); la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981); la Convención interamericana para prevenir y sancionar la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanas y Degradantes (1985); Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas (1994); la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1994); Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (1999); entre otras.

De ahí la importancia universal de la Declaración de Bogotá, que logra establecer unas bases de respeto por los derechos de las personas, para que posteriormente se creen y consoliden instrumentos importantes comunes, nacidos de una voluntad y expresión de la opinión de la Comunidad internacional, que deben guiar los destinos de toda la humanidad. De ahí la importancia de la Declaración de Bogotá de reafirmar, contundentemente, que los derechos humanos deben ser inherentes e inalienables a todas y cada una de las personas que habitan este mundo.

Dicha Declaración posee características de indivisibilidad, interdependencia y universalidad, que guiarán no solamente las actividades del denominado régimen internacional de protección de los derechos humanos, obligatoriedad y efectividad para el disfrute de los mismos por todas las personas, sino también todo el derecho internacional público que se desarrollará a partir de este importante texto. Este fue uno de los principales propósitos tanto de los que concibieron el texto como de las personas que lo firmaron.

B. El aporte de paz universal de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Como lo mencionamos *Supra*, la Declaración universidad de Derechos Humanos no es sino un concentrado de una larga evolución de las manifestaciones existentes en el mundo entero sobre el respeto de los Derechos de las personas, con la diferencia de las anteriores que esta Declaración se realiza es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en Paris, que por la primera vez en la historia del mundo, habla en nombre de toda la humanidad, y se constituye en el parlamento mundial de la humanidad[26], autorizado para establecer que deberían escribirse 30 artículos básicos para el respeto y reconocimiento de todos los seres humanos que habitan el planeta[27].

Este concentrado, es si se quiere, la concretización en un solo texto de la lente evolución de los Derechos Humanos en la historia, que a partir del siglo XVII, en Inglaterra, empiezan a contemplarse algunas declaraciones explícitas con base en la idea contemporánea del "Derecho Natural". Es así como Inglaterra, pionera de este tipo de manifestaciones, incorpora en 1679 a su constitución la Habeas Corpus Act (Ley de hábeas corpus) y la Bill of Rights, o Declaración de Derechos, de 1689. Seguidamente, viene Francia a hacer su Declaración universal como consecuencia de la Revolución de 1789, estableciendo una Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano.

Mucho después, en 1926, considerado como otro gran avance para la humanidad en materia de Derechos humanos, se firma la Convención mundial sobre la esclavitud, que la prohíbe en todas sus formas. Poco después, en 1948, el fin de la Segunda Guerra mundial impulsó la Convención de Ginebra sobre seguridad, respeto y derechos mínimos de los prisioneros de guerra, así como la Declaración de Bogotá como la Declaración americana de los Deberes y Derechos del hombre, realizada en Bogotá el 30 de abril del mismo año.

En este contexto histórico mundial, interviene la Declaración universal de derechos humanos, como fruto de la terminación de la Segunda Guerra mundial, en donde

[26] Ver, Paul Kennedy, (Trad. Ricardo García Pérez), .*El Parlamento de la Humanidad, la historia de las Naciones Unidas,* Barcelona, Random House Mondadori, Litografía SIAGA, 2007. ISBN: 978-84-8306-737-6.

[27] Ver, la Carta de San Francisco del 26 de junio de 1945. https://www.ecured.cu/Carta_de_las_Naciones_Unidas

los aliados del Atlántico-Norte ganan el enfrentamiento contra Alemania, pretende establecer unos parámetros claros sobre la defensa de ciertos calores de la humanidad que no deberían volverse a desconocer por ningún país miembro dado que dicho desconocimiento fue una de las causas de la terrible guerra que acababan de finalizar. En ese sentido la Declaración pretende reiterar la importancia de la soberanía de las naciones y la igualdad que debe existir entre ellas para el respeto de la libertad y la igualdad, tanto entre las naciones como entre los seres humanos que los habitan, como principios faros de la humanidad.

Para garantizar el respeto de estos principios, la paz aparece como un valor supremo, que debería ser la base para el respeto de la independencia política de cada Estado miembro y la no intervención de ninguno de ellos en los asuntos internos de los demás. Lo que significa que la Declaración universal de derechos humanos es un gran compromiso de amistad entre los países signatarios, con grandes promesas de respeto mutuo para garantizar la estabilidad mundial. La importante promesa va desde la cooperación mutua en la solución de los problemas más importantes del planeta, hasta la no solución pacífica de los conflictos que puedan surgir entre ellos[28].

Así, esta Declaración, que constituye un documento declarativo, más de orientación que de compromiso, unida con la de los Pactos y Protocolos internacionales que sobrevienes en materia de Derechos Humanos, como textos obligatorios para los Estados firmantes, es lo que da lugar a la Carta Internacional de Derechos humanos que constituye hoy la "Constitución de Derechos Humanos" más importante que haya firmado la comunidad internacional en la historia del mundo, la cual debe cumplirse, so pena de soportar todas las sanciones que ello implica.

Esta Declaración es, si se quiere, el inicio, de una construcción mundial de un sistema de protección de los derechos humanos, a la imagen del Pacto de San José, que tendría a furuto unas repercusiones importantes para la estabilidad del planeta y la consagración de lo que Kant interpretaba como la "paz perpetua" de la humanidad[29].

---

[28] Ver, Ligia, Galvis Ortiz, *Comprensión de los derechos humanos: una visión para el siglo XXI,* 4ed. Bogotá, Ediciones Aurora, 2018. ISBN: 958-9136-17-6.

[29] Emanuel, Kant, La paz perpetua, Bogotá, Universidad de los Andes, Revista de Estudios Sociales [en linea] 1998, (Diciembre-Sin mes) : [Fecha de consulta: 21 de noviembre de 2018] Disponible en:<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=81511299028> ISSN 0123-885X

En conclusión, la Declaración universal de los derechos humanos es la carta que hace posible la "Constitución mundial de los Derechos Humanos", como conjunto de normas y principios universales, que sirven de garantía a las personas frente a los poderes públicos; además de contribuir a la convivencia entre todos para una paz mundial duradera.

CONCLUSIONES

Una vez puesto en contexto las dos importantes Declaraciones de 1948, solo nos resta concluir que la asamblea general de las Naciones Unidas proclama un texto universal de derechos humanos como ideal común para el goce de todos los pueblos y naciones, los cuales deben esforzarse por respetarla y darle cumplimiento. Esta importante manifestación de voluntades promueve, tanto para los individuos como para las instituciones, la enseñanza y el respeto a estos derechos y libertades, con el fin de asegurar, por medio de mecanismos persuasivos de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universal efectivo. Dicha manifestación por su impresionante acogida y adopción, es una Carta de entendimiento entre los pueblos de los estados miembros, así como entre los de los territorios que se encuentran bajo su jurisdicción.

De su lado, la Declaración americana de derechos y deberes del hombre comprende un espectro importante de prerrogativas y libertades, marcando previamente a la Declaración universal, un contenido importante de Derechos y Deberes, que dan origen a la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos en el mundo. Por la fundamentación universal dada por los miembros de la organización de los estados americanos en 1948, puede notarse que no define expresamente qué son los derechos humanos; tampoco crea ningún órgano de tutela, ni mecanismos alguno para la defensa de los derechos contenidos en ella; sin embargo, es manifestación continental servirá de ejemplo y base para que las Naciones Unidas expresen algunos meses después una declaración expresa su voluntad de constituir al instrumento en la guía principalísima del derecho mundial en plena evolución después del fin de la Segunda Guerra Mundial

Esta manifestación continental será trascendental para la a consagración americana de los derechos esenciales del hombre, dentro de un sistema inicial de un sistema de protección que los Estados americanos consideran adecuados a las circunstancias existentes al momento de su adopción. A la luz de esta evolución, pudo establecerse de manera concreta la práctica adoptada por la Comisión interamericana de derechos humanos, y la opinión consultiva de la Corte Interamericana de derechos humanos. Dicha práctica ha utilizado la Declaración americana de derechos como un referente en materia de consulta y jurisprudencia en materia de derechos humanos, que los estados americanos han ido adoptando y respetando de manera gradual. Es por ello que la Declaración americana de derechos y deberes del hombre se ha convertido en un instrumento jurídico de cumplimiento obligatorio para todos los estados miembros de la organización de estados americanos; y su incumplimiento merece sanción y engendra responsabilidad.

De su lado, la Declaración universal de derechos humanos, basada en el Declaración americana, pondrá las bases para que el sistema americano de protección se convierta en un sistema mundial de protección de los derechos humanos. En ese sentido se podrá hablar de una verdadera nación humana, como es el deseo de casi todas las naciones del mundo.

BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES, *Éthica Nicomachea*, trad. de W. D. Ross, London, Oxford University Press, 1925.

BUERGENTHAL, T.; Norris, R. y; Shelton, D. *La protección de los derechos humanos en las Américas*. Cívitas, Madrid, (España), e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1990.

CONFERENCIA INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS AMERICANOS (Novena): "Acta final; resolución XXX", Bogotá, Colombia, Marzo 30 - mayo 2, Considerandos, párrafo primero, Edit. UPA, 1948.

CONTRERAS, Sebastián, "Justo por naturaleza y justo convencional en Platón: A propósito de la refutación platónica a la doctrina del homo mensura", en*: Revista de la Facultad de derecho y ciencias políticas.* Vol. 43, No. 119 / p. 503-532 Medellín - Colombia. Enero-Junio de 2013, ISSN 0120-3886.

DECLARACIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III), https://www.humanium.org/es/derechos-humanos-1948/

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-566 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes; y C-587 del 12 de noviembre de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

BUSHNELL, David, *Colombia una nación a pesar de sí misma,* Bogotá, Planeta, 1996.

DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Las Organizaciones Internacionales*, X Edición, Madrid, Edit. Técnos, España, 1997.

GALVIS ORTIZ, Ligia, *Comprensión de los derechos humanos: una visión para el siglo XXI*, 4ed. Bogotá, Ediciones Aurora, 2018. ISBN: 958-9136-17-6.

GROS ESPIELL, Héctor "La declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Raíces conceptuales en la historia y el derecho americano", en: *Estudios sobre Derechos Humanos II*, Madrid, (España), Civitas, 1988.

KANT, Emanuel, *La paz perpetua*, Bogotá, Universidad de los Andes, Revista de Estudios Sociales [en linea] 1998, (Diciembre-Sin mes): [Fecha de consulta: 21

de noviembre de 2018] Disponible en:<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=81511299028> ISSN 0123-885X

KENNEDY, Paul, (Trad. Ricardo García Pérez), .*El Parlamento de la Humanidad, la historia de las Naciones Unidas,* Barcelona, Random House Mondadori, Litografía SIAGA, 2007. ISBN: 978-84-8306-737-6.

LOCKE, John, *Escritos sobre la tolerancia,* Madrid, edición de Luis Prieto Sanchís y Jerónimo Betegón Carrillo, 1999.

MARTÍN, Claudia; RODRIGUEZ-PINZÓN, Diego; y GUEVARA B. José A. (Compiladores), *Derecho internacional de los Derechos Humanos,* México D.F. Universidad Iberoamericana, 2006. ISBN: 968-476-490-1.

NIKKEN, Pedro, *El derecho internacional de los derechos humanos, su desarrollo progresivo*, Madrid, (España), Cívitas, 1987.

PECES-BARBA, Gregorio. *Introducción a la filosofía del derecho*. Madrid: Editorial Debate. 1983.

PIEDRAHITA, Carlos Restrepo, *Apuntes sobre el sistema interamericano,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Colección Temas de Derecho N° 79, Instituto de Estudios constitucionales 2009. ISBN: 978-958-710-354-0.

ROA, Jorge Ernesto, *La Función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015. ISBN: 978-958-772-2536.

ROUSSEAU, Jean Jacques, *El Contrato Social*, Barcelona, Imprenta de los herederos de Roca, 1836

SALMÓN, Elizabeth, *Jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos,* Bogotá, Universidad del Rosario, Col. Textos de Jurisprudencia, 2011. ISBN: 978-958-738-195-5.

MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes,* Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1906.

NIETO NAVIA, Rafael, *Introducción al sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Bogotá, Temis, Colombia, 1993. Págs. 39 y ss,

SALVIOLI, Fabián O., "El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la Protección Internacional de los Derechos Humanos", en: *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI,* Tomo I; Edit. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2001

----------, "El desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos, a partir de las Declaraciones Universal y Americana", en: *Relaciones Internacionales N 13*, pág. 79; edit. Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de La Plata, (Argentina), 1997.

----------, "La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: marco legal y desarrollo jurisprudencial"; en: *Homenaje y Reconocimiento a Antônio Cançado Trindade*; Brasilia, (Brasil), Ed. Sergio Fabris, 2004

VILLAR BORDA, Luis, "Estado de derecho y Estado social de derecho*",* en: *Revista Derecho del Estado,* Nº 20 de diciembre 2007Universidad de la Rioja, (España),.

Revista Electrónica Iberoamericana ISSN: 1988 - 0618
http://www.urjc.es/ceib/ Vol. 13, Edición Especial, 2019

LA IMPORTANCIA DE LA DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE EN EL SISTEMA INTERAMERICANO Y LA INTERPRETACIÓN QUE DE ELLA REALIZA LA CORTE INTERAMERICANA

THE IMPORTANCE OF THE AMERICAN DECLARATION OF THE RIGHTS AND DUTIES OF MAN IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM AND THE INTERPRETATION MADE BY THE INTER-AMERICAN COURT

Florabel Quispe Remón[1]

Universidad Carlos III, España

RESUMEN

El artículo aborda los antecedentes, el nacimiento, el contenido, la evolución y las principales características de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en 1948 en el marco de la Organización de los Estados Americanos, una organización regional americana que desempeña un papel importante en lo que hoy se conoce como Sistema Interamericano de los Derechos Humanos. Asimismo, se analiza la interpretación que sobre ella ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus años de funcionamiento, especialmente sobre el valor jurídico, a través de su jurisprudencia, opiniones consultivas y sentencias,

PALABRAS CLAVE: Declaración Americana, Sistema Interamericano, organización de los Estados Americanos, Derechos Humanos, Corte Interamericana.

ABSTRACT

The article deals with the antecedents, the origen, the content, the evolution and the main characteristics of the American Declaration of the Rights and Duties of Man approved in 1948, within the framework of the Organization of American States, an American regional organization, that performs a importat role in what is now known as the Inter-American System of Human Rights. It also analyzes the interpretation that the

[1] Profesora Titular acreditada de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid.

Inter-American Court of Human Rights has made about it in its years of operation, especially on the legal value, through its jurisprudence, advisory opinions and judgments.

KEYWORDS: American Declaration, Inter-American System, Organization of American States, Human Rights, Inter-American Court

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN, II. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE. a) Origen del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. b) Contenido y valor jurídico de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. c) La Corte Interamericana y su opinión consultiva número diez sobre el valor jurídico de la Declaración Americana III. LA CORTE INTERAMERICANA Y LA INTERPRETACIÓN DEL VALOR JURÍDICO DE LA DECLARACIÓN AMERICANA. a) La Corte Interamericana y sus referencias a la Declaración Americana. b) La Corte Interamericana y su opinión consultiva número diez sobre el valor jurídico de la Declaración Americana. c) La Declaración Americana presente en decisiones de la Corte Interamericana más allá de la OC-10/89. IV. REFLEXIONES FINALES.

* * *

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de derechos humanos como conocemos hoy en día, con su vertiente objetiva y subjetiva, es propio del Derecho Internacional contemporáneo. Concluida la Segunda Guerra Mundial, los Estados deciden seguir apostando por una organización internacional y proceden a crear la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1945, en cuyo Preámbulo, por vez primera encontramos una referencia al compromiso de los Estados en reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en su dignidad y en destacar el valor de la persona humana, así como en la igualdad de derechos entre los hombres y las mujeres y de las naciones grandes y pequeñas. Pero, no es hasta 1948 cuando encontramos que estos Estados reconocen un catálogo de derechos humanos tanto a nivel universal como regional. Es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Declaración Universal) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes

del Hombre (Declaración Americana o DADH) respectivamente. Desde entonces han nacido diversos instrumentos de carácter vinculante y no vinculante en materia de derechos humanos tanto a nivel internacional como regional.

En el presente trabajo focalizaremos nuestra atención en el Sistema Interamericano, especialmente en uno de sus primeros instrumentos que recoge los derechos humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948. Nos pronunciaremos sobre su contenido y sobre el papel de este instrumento en el desarrollo de los derechos humanos en la región, pero fundamentalmente en la interpretación realizada por la Corte Interamericana, órgano judicial del sistema interamericano, sobre esta Declaración y su valor jurídico. Para ello acudiremos a la propia declaración, a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), esto es, las opiniones consultivas y las sentencias, para finalmente concluir con unas reflexiones.

II.- SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE

a. Origen del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Cuando nos referimos al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) no podemos dejar de mencionar dos pilares esenciales, en primer término la Organización de los Estados Americanos (OEA), una organización internacional creada en 1948 por los Estados de este continente bajo cuyo paraguas se desarrolla lo que hoy en día se conoce como sistema interamericano de derechos humanos y en segundo lugar la Declaración Americana, primer instrumento regional americano adoptado por los Estados en el que se establece un catálogo de derechos humanos y diversos deberes que debe asumir el hombre. Se trata de dos instrumentos distintos, uno que crea la OEA y otro que establece los derechos humanos, pero que se relacionan debido a que el segundo recoge y desarrolla los principios establecidos en la primera. Así, todos los Estados miembros de la OEA adquieren la obligación de respetar ambos documentos.

Los Estados de la región americana apostaron por la creación de una organización internacional conocida como OEA en 1948 a través de la Carta de la OEA adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en la ciudad de Bogotá Colombia, en el que los Estados reafirmaron como un principio básico, entre otros, la importancia del derecho internacional como norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas, la buena fe para regir sus relaciones entre sí y la proclamación de los derechos fundamentales de la persona humana sin distinción de ningún tipo (raza, nacionalidad, credo o sexo)[2]. Paralelamente a la creación de la OEA también en la IX Conferencia Internacional Americana, por Resolución XXX, en Bogotá en marzo de 1948, los Estados adoptaron la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre considerando que los pueblos de esta región han dignificado la persona humana y sus constituciones nacionales están orientados a la protección de los derechos básicos del hombre a través de garantías. Un aspecto relevante a destacar de esta declaración es que los "Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana"[3]. Así, la protección internacional de los derechos humanos constituye la guía principal del derecho americano en el que los Estados juegan un papel esencial.

La Declaración Americana es el primer instrumento internacional en el mundo que recoge derechos y obligaciones, establece un catálogo de derechos humanos, pero también de obligaciones. Recordemos que esta Declaración se aprueba en marzo de 1948 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos en diciembre de 1948. Si bien la Declaración Americana es de aplicación regional su aprobación marcó el inicio del reconocimiento a nivel internacional de los derechos humanos fundamentales[4].Nace

[2] Este instrumento fue reformado por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992 y finalmente en 1993 por el Protocolo de Managua

[3] Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, considerando dos.

[4] Como el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona, derecho de igualdad ante la ley, derecho de libertad religiosa y de culo, derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión, derecho a la protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar, derecho a la constitución y a la protección de la familia, derecho de protección a la maternidad e infancia, derecho de residencia y tránsito, derecho a la inviolabilidad de domicilio, derecho a la inviolabilidad y circulación de la correspondencia, derecho a la preservación de la salud y al bienestar, derecho a la educación, derecho a los beneficios de la cultura, derecho al trabajo y a una justa retribución, derecho al descanso y su aprovechamiento, derecho a la seguridad social, derecho de reconocimiento de la personalidad jurídica y de los derechos civiles y políticos, derecho de justicia, derecho de nacionalidad, derecho de sufragio y de participación en el gobierno, derecho de reunión, derecho de asociación, derecho a la propiedad, derecho

meses antes a la Declaración Universal. Constituye la primera piedra sobre la que se ha venido construyendo lo que hoy se conoce como Sistema interamericano de Derechos Humanos. Como señala Fabián Salvioli fue la Declaración el documento que permitió a los Estados acordar cuáles eran los derechos a lo que la Carta de la OEA hacía referencia y la que fue la base jurídica de la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos humanos (Comisión Interamericana), en sus diversas funciones de protección dentro de los mecanismos del sistema[5] .

Los Estados miembros de la OEA cuando aprobaron la DADH manifestaron su voluntad de que el Comité jurídico interamericano elaborase un proyecto de estatuto de creación de una Corte interamericana de protección de los derechos humanos, pero la ausencia de derecho positivo sobre el tema era un gran obstáculo en la elaboración del estatuto según el Comité y en ese contexto este sugirió la elaboración previa de un proyecto de convención de derechos humanos. Como se advierte de la respuesta del Comité no existía hasta entonces un instrumento jurídico vinculante en materia de derechos humanos, pero sí una declaración americana en el que se establecía un catálogo de derechos que no constituía derecho positivo. Desde entonces se inició un largo camino que concluyó dos décadas después con la adopción de un instrumento regional americano vinculante para los Estados Partes, la Convención Americana de Derechos Humanos (Convención Americana o CADH) el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José de Costa Rica, conocida también como el Pacto de San José. Entró en vigor el 18 de julio de 1978. Sería el primer instrumento jurídico vinculante de derechos humanos en la región.

b. Contenido y valor jurídico de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La Declaración Americana tiene como singularidad llevar en su denominación/título, no solo derechos sino también deberes del hombre a diferencia de

---

de petición, derecho de protección contra la detención arbitraria, derecho a proceso regular, derecho de asilo. Asimismo, reconoce el alcance de los derechos del hombre al señalar "Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos. Cfr. Declaración Americana

[5] SALVIOLI, Fabián, El aporte de la Declaración Americana de 1948 para la Protección Internacional de los Derechos Humanos, en http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-aporte-de-la-declaracion-americana-de-1948-para-la-proteccion-internacional-de-los-derechos-humanos-fabian-salvioli.pdf (diciembre 2018), p.4.

la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La denominación completa es *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, cuyo Preámbulo destaca que "todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben confundirse fraternalmente los unos con los otros". "El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad".

Cuenta con dos capítulos, el primero compuesto por veintiocho artículos, en el que reconocen derechos civiles y políticos, así como económicos, sociales y culturales, entre otros, el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona, el derecho de igualdad ante la ley, el derecho de protección a la maternidad y a la infancia, el derecho a la preservación de la salud y al bienestar, el derecho a la educación, el derecho a los beneficios de la cultura, el derecho al trabajo y a una justa retribución, el derecho al descanso y a su aprovechamiento, etc.; el segundo cuenta con diez artículos en el que reconoce los deberes de las personas ante la sociedad, para con los hijos y los padres, deberes de instrucción, deber de sufragio, deber de obediencia a la Ley, deber de servir a la comunidad y a la nación, deber de pagar impuestos, deberes de asistencia y seguridad sociales, deber de trabajo, etc.

No obstante, a reconocer derechos civiles y políticos, así como derechos económicos, sociales y culturales; además de deberes, no da una definición de lo que son los derechos humanos.

Desde el nacimiento de la Declaración Americana y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, especialmente de esta última, se ha escrito mucho a propósito de su valor jurídico. Nikken se refería a estas declaraciones "como actos solemnes por los cuales representantes gubernamentales proclamaban su adhesión y apoyo a principios generales que se juzgan como gran valor y perdurabilidad, pero que no son adoptados con la formalidad ni con la fuerza vinculante de los tratados"[6]. Manifestaba que las declaraciones, en cuanto resoluciones que nacían tanto de órganos de la ONU como de

[6] NIKKEN, Pedro, La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno derecho internacional de los Derechos Humanos, en Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, número especial, en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, San José de Costa Rica, Edición 5, 1989, p.66.

las organizaciones regionales como es el caso de la OEA, tenían valor de recomendaciones. Así señalaba que "No basta con darles la denominación de "declaración' ni con adoptarlas en actos solemnes para modificar su naturaleza radical y hacerlas obligatorias para quienes se adhieran a ellas en los términos en que los tratados son obligatorios para quienes sean partes en los mismos. Existen, sin embargo, ciertas particularidades propias de las declaraciones que pueden aproximarlas a las fuentes del Derecho internacional. En primer lugar, porque su contenido normalmente expresa principios de vigencia perdurable, y, en segundo lugar, porque su adopción implica la viva esperanza de que la comunidad internacional las respetará. Por ello, si la práctica de los Estados se adecúa a la declaración y la acepta como obligatoria, ella puede integrarse al Derecho internacional consuetudinario"[7]. Así, para este autor existen particularidades de las algunas declaraciones que pueden aproximarlas a las fuentes del Derecho Internacional, como la consuetudinaria, y ubica en esta situación a ambas declaraciones. Pero, refiriéndose al carácter vinculante de la Declaración Americana manifiesta que ésta se sostiene desde dos puntos de vista: "según el primero de ellos puede argumentarse que la Declaración Americana ha quedado incorporada a la Carta de la OEA. Según el otro constituye una práctica consuetudinaria en el seno de la OEA, que reúne todas las características señaladas por el artículo 38.1.b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia"[8]. Para este autor, al adherirse los Estados a los Protocolos a la Carta de la OEA y crear la Comisión Interamericana como órgano de la OEA para proteger y velar por la observancia de los derechos humanos recogidos en la Declaración, estaban aceptando el carácter vinculante de la Declaración Americana y considerando que los derechos recogidos en ella debían ser obligatoriamente respetados[9].

Hoy nadie dudaría a nivel universal, especialmente, sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que se ha convertido en un parámetro de referencia universal para ver el grado de cumplimiento con los estándares de derecho internacional. Ha sido recogida en diversas Constituciones del mundo como la española (art.10.2) como un marco de referencia a la hora de interpretar los tratados de derechos humanos, así como en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos

[7] Ibídem.
[8] NIKKEN, Pedro, La Protección Internacional de los Derechos Humanos: su desarrollo progresivo, Civitas, Madrid, 1987, p.286.
[9] Ídem, p.302.

vinculantes y no vinculantes a nivel universal como regional. Como señala Villán Durán, la Declaración universal de gran valor moral y relevancia política, pero de nulo alcance jurídico inicial sirvió de base para que los Estados continuaran en el seno de la ONU los trabajos codificadores con el objetivo de transformar los principios establecidos en la Declaración en disposiciones convencionales de las que nacieran obligaciones concretas para los Estados que hayan ratificado instrumentos internacionales[10]. Así, para este autor ésta constituye la propulsora de la internacionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Las posiciones sobre el valor jurídico de la Declaración Americana en sus orígenes es unánime, es decir, que ésta nació como una simple resolución no vinculante, pero que con el tiempo se convirtió en la Carta Magna del sistema interamericano y a la vez en un manifiesto político y un instrumento normativo[11]. En palabras de Nikken se le reconoció de manera expresa el rango de "recomendación" razón por la que carecía de fuerza obligatoria formal en su origen[12].

No hay duda del gran valor moral y de aceptación general de los pueblos americanos con el que nace la DADH, pero en ningún caso como un instrumento jurídico vinculante. No nace como un Tratado propiamente dicho, en los términos recogidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CV69), ni es vinculante, al menos en sus orígenes. Se trata de una declaración que expresa deseos y buenas intenciones de los Estados de la región en materia de derechos humanos que no les vincula porque no tiene carácter jurídico normativo. Los Estados en aquel entonces son conscientes de estar adoptando un documento que muestra una declaración de intenciones en materia de derechos humanos, pero que no les vincula jurídicamente. Es más "para lograr un consenso, la Declaración fue concebida como el sistema inicial de protección que los Estados Americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberían fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propias (Declaración

[10] VILLAN DURAN, Carlos, Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Trotta 2002, p.211.
[11] BURGENTHAL, Tomás, La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, número especial, en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, San José de Costa Rica, Edición 5, 1989, p.111.
[12] NIKKEN, Pedro, La Protección Internacional de los Derechos Humanos, ob. cit., p.42.

Americana, considerando cuarto)"[13]. En palabras de Gros Espiell "en 1948 hubiera sido imposible, en América, adoptar una Convención sobre Derechos Humanos. Pensar que la Declaración hubiera podido tener forma convencional era entonces una peligrosa utopía. Peligrosa porque si se hubiera adoptado entonces un tratado hubiera sido incompleto, defectuoso, sin un adecuado sistema de aplicación, y, lo que es peor, no hubiera entrado en vigencia por falta de firmas y ratificaciones"[14]. Posiciones como esta muestran que la Declaración Americana nació como un instrumento de gran valor moral, pero no jurídico.

Recordemos la importancia de la voluntariedad en el Derecho Internacional, así como el principio *pacta sunt servanda* al que hace referencia el artículo 26 de la CV69. Siendo así no se puede pretender que una declaración de intenciones se transforme por arte de magia en un instrumento vinculante. Los tratados para ser obligatorios tienen que pasar por determinadas fases en el que la ratificación desempeña un papel crucial, otra vía es la que sigue la fuente consuetudinaria. Esta Declaración no pasó por las fases exigidas por la CV 69, en primer término, porque aún no existían en 1948 los parámetros que en 1969 han sido recogidos en la Convención de Viena, pero en segundo término porque la intención de los Estados no era obligarse por un tratado, sino reconocer un catálogo de derechos y deberes del hombre en un primer momento, aunque poco tiempo después manifestaron su intención de contar con un órgano de protección. Así, desde el punto de vista del Derecho Internacional no sería en principio un Tratado y por ende vinculante. No obstante, esto no significa negarle la gran importancia y la trascendencia que la Declaración ha tenido en el reconocimiento de los derechos humanos en la región. Transcurrido setenta años desde su adopción viendo la evolución de estos derechos y los cambios en la sociedad, no se puede poner en duda el gran valor en la protección del ser humano. Puede un instrumento ser muy importante en el posterior desarrollo de los derechos humanos, como es el caso, pero no por ello es automático su valor jurídico y su carácter vinculante. Influirán otros factores durante la evolución de estos derechos para considerar dicha posibilidad.

---

[13] De los actos preparatorios a la Declaración Americana se tiene que la posición mayoritaria era que el texto a aprobar debía tener carácter de una declaración y no de un tratado. Cfr. informe del Relator de la Comisión Sexta, Novena Conferencia Internacional Americana, 1948, Actas y Documentos. Bogotá: Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, 1953, vol. V, p. 512. En Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989 "Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos Y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana, de 14 de julio de 1989, párr. 34

[14] GROS ESPIELL, Héctor, Estudios sobre Derechos Humanos, Civitas, Madrid 1988, 117.

Podemos decir que ha sido la partida de nacimiento de los derechos humanos en el Sistema Interamericano y sin su adopción probablemente hoy no estaríamos hablando de este sistema[15]. Muestra de ello es que los propios Estados que adoptaron en 1948 la Declaración y apostaron por el desarrollo del reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la región, en 1969 al adoptar la Convención Americana, un instrumento vinculante que reconoce órganos de protección de los derechos recogidos en dicho instrumento hacen referencia expresa a la Declaración Americana tanto en el Preámbulo como en el artículo 29.d de dicho instrumento. En el Preámbulo recogen la afirmación ya recogida en la Declaración Americana en 1948 "que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana". Es aquí donde los Estados encuentran la justificación para la protección internacional del ser humano, de naturaleza convencional complementaria a la protección del derecho interno. Reconocen, que éstos principios recogidos en la Convención Americana han sido consagrados previamente en 1948, en la Carta de la OEA como en la Declaración Americana y en la Declaración Universal. Del mismo modo al referirse a las normas de interpretación, la Convención Americana en el artículo 29.d señala que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada excluyendo o limitando el efecto que puedan producir la Declaración Americana y otros actos internacionales de esa naturaleza. Así, los Estados reconocen que la Convención Americana desarrolla los principios establecidos en la Declaración Americana y también constituye un marco de referencia esencial en materia de derechos humanos, así como un límite en la interpretación de la Convención Americana.

III. LA CORTE INTERAMERICANA Y SU PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL VALOR JURÍDICO DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE

a. La Corte Interamericana y sus referencias a la Declaración Americana

[15] Un estudio sobre la evolución del sistema interamericano se puede encontrar en: QUISPE REMON, Florabel, La protección de los derechos humanos en el sistema interamericano: su evolución y una visión actual, en Anuario Español de Derecho Internacional Nº 32, 2016, pp. 225-258.

Si bien la doctrina mayoritaria señalaba el valor declarativo de la Declaración no existió un pronunciamiento del órgano judicial del sistema vinculado con la Declaración Americana. Recordemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana o La Corte) ha sido creada recién en 1969, dos décadas después de la adopción de la Declaración Americana, y no entró en funcionamiento hasta 1978 y emitió su primera sentencia en el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras el 26 de junio de 1987 y su primera Opinión Consultiva el 24 de septiembre de 1982. Por ello, no es posible encontrar ninguna referencia de la Corte Interamericana sobre la Declaración hasta finales de los años ochenta del siglo pasado, específicamente hasta 1989, como consecuencia del planteamiento por parte del gobierno colombiano en 1988 de una consulta a la Corte Interamericana sobre su competencia para pronunciarse sobre la Declaración Americana. Como sabemos el sistema interamericano cuenta con dos órganos de protección de los derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión Interamericana)[16] y la Corte Interamericana, ambos órganos creados por la Convención Americana de los Derechos Humanos en 1969.

La Corte Interamericana es el órgano judicial del sistema interamericano que está compuesto por siete jueces y tiene su Sede en San José de Costa Rica y es el máximo y único intérprete de la Convención Americana de Derecho Humanos. Esta Convención le otorga dos competencias a este órgano judicial, la competencia contenciosa y la competencia consultiva, además de facultarle la adopción de medidas provisionales cuando las circunstancias lo ameriten. En el marco de estas competencias, la Corte Interamericana ha adoptado diversas resoluciones interpretando el contenido de los diversos artículos que componen este instrumento internacional. A la fecha ha adoptado casi doscientas sentencias y veinticinco opiniones consultivas a través de las cuales ha otorgado una amplia protección a las personas que se encuentran en dicha región del mundo. Sus decisiones son siempre *pro homini*.

En estos pronunciamientos encontramos alguna referencia a la Declaración Americana tanto en las opiniones consultivas como en las sentencias, aunque no se ha pronunciado específicamente sobre la interpretación de la misma ni sobre su valor jurídico hasta la opinión consultiva número diez de 1989. En ésta manifiesta

[16] Que ya había sido creada en 1959 como órgano de la OEA. Un amplio estudio sobre el sistema interamericano y el papel de sus órganos véase en: QUISPE REMÓN, Florabel, El debido proceso en el Derecho Internacional y en el Sistema Interamericano, Tirant Lo Blanch 2010, pp. 297-346

expresamente sobre su competencia para pronunciarse sobre la Declaración Americana y sobre el valor jurídico de la misma.

Las opiniones consultivas ante la Corte Interamericana solo las pueden realizar los Estados y la Comisión Interamericana. El artículo 64 de la Convención Americana autoriza expresamente a los Estados Miembros de la OEA a consultar a la Corte no solo sobre la interpretación de la Convención Americana, sino también de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Así en el 64.2 la Convención autoriza a la Corte, a solicitud de un Estado Miembro de la OEA, dar opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los instrumentos internacionales de derechos humanos del sistema interamericano. Este artículo hace referencia a la interpretación de tratados expresamente.

b. La Corte Interamericana y su opinión consultiva número diez sobre el valor jurídico de la Declaración Americana

Como mencionamos anteriormente, el Gobierno colombiano, el 17 de febrero de 1988 sometió a la Corte Interamericana una solicitud sobre la interpretación del artículo 64 de la Convención Americana en relación con la Declaración Americana, teniendo en cuenta la importancia que tiene conocer el status jurídico de uno de los instrumentos de referencia en el Sistema Interamericano llamado Declaración Americana para el apropiado funcionamiento del sistema. En este contexto plantea la pregunta ¿Autoriza el artículo 64 a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a rendir opiniones consultivas, a solicitud de un Estado Miembro de la OEA o de uno de los órganos de la misma, sobre interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en Bogotá en 1948 por la Novena Conferencia Internacional Americana?, es decir, la pregunta es: ¿la Corte Interamericana tiene competencia al amparo del artículo 64 de la Convención Americana para interpretar la Declaración Americana?.

La Corte Interamericana, al amparo de lo dispuesto en la Convención Americana, en 1989, cuarenta y uno años más tarde de la adopción de la Declaración Americana, da respuesta a las inquietudes del gobierno colombiano a través de la Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989 "*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" y se pronuncia sobre su competencia para conocer sobre la Declaración Americana y sobre el valor jurídico de esta. Se trata de una Opinión consultiva adoptada bajo la presidencia del Juez Héctor Gros Espiell en el que participaron, entre otros. los jueces Fix-Zamundio, Buergenthal y Nieto Navia.

Los distintos Estados que hicieron llegar sus observaciones a la opinión consultiva, entre ellos Estados Unidos, Venezuela, Uruguay, Perú, en su gran mayoría manifestaron que la declaración no es un tratado conforme al artículo 64.1 de la Convención Americana y por ende la Corte interamericana no tiene competencia para pronunciarse sobre dicha consulta, es decir, no debería interpretar la declaración y debe declarar inadmisible la opinión consultiva.

La Corte comienza señalando en el párrafo veintitrés que la afirmación de que la Declaración no sea un tratado no lleva a afirmar ni definir que la petición del Gobierno colombiano sea inadmisible. Para la Corte el artículo 64.1 autoriza a rendir opiniones consultivas acerca de la interpretación de la Convención Americana y cualquier consulta que se formule sobre una disposición de la Convención incluido el artículo 64, y por ende cumple con los requisitos de admisibilidad. Es consiente la Corte que al resolver la opinión consultiva pueda verse obligada a pronunciarse sobre el status jurídico de la Declaración, aunque la opinión consultiva en sentido estricto no plantea esa consulta, pero dice la Corte que el simple hecho de que la interpretación de la Convención o de otros tratados sobre derechos humanos la obligue a analizar instrumentos internacionales que pueden ser o no tratados internacionales en sentido estricto no hace que la petición sea inadmisible, siempre que se haya formulado en el contexto de la interpretación de los instrumentos señalados en el artículo 64.1 de la Convención Americana.

No obstante, a reconocer que tiene facultades discrecionales para negarse a emitir una opinión consultiva, aunque reúna los requisitos de admisibilidad, en este caso se consideró competente para pronunciarse sobre la misma y procedió a admitirla y a pronunciarse sobre ella.

En primer orden, la Corte acude a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados, a la Convención de Viena sobre Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre Organizaciones Internacionales de 1969 y 1986, respectivamente para señalar que la Declaración no es un Tratado debido a que no fue

adoptado como tal, y qué en consecuencia, tampoco lo es en el artículo 64.1. Asimismo, menciona lo diversos documentos que se adoptaron previos y con posterioridad a la Declaración Americana en que los órganos de la OEA, como el Consejo Interamericano de Jurisconsultos dejaban claro que la Declaración Americana no crea una obligación jurídica contractual, pero si establece una orientación definida en el sentido de la protección internacional de los derechos fundamentales de la persona humana.

El no ser un Tratado no lleva a la conclusión, dice la Corte, qué ésta no pueda emitir una opinión consultiva que contenga interpretaciones de la Declaración Americana. Así, recuerda que la Convención Americana hace referencia a la Declaración Americana en su Preámbulo, párrafo tercero como un documento que junto a la Carta de la OEA y a la Declaración Universal han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales de ámbito universal como regional. También acude al artículo 29.d de la Convención Americana que establece que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que pueden producir la Declaración Americana y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

La Corte Interamericana en esta opinión consultiva recuerda que la Declaración Americana se basa en la idea de que la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución. Destaca que este derecho americano, como es lógico, ha evolucionado de 1948 hasta la actualidad "y la protección internacional, subsidiaria y complementaria de la nacional, se ha estructurado e integrado con nuevos instrumentos". En este contexto recuerda lo manifestado por el Tribunal Internacional de Justicia en el caso Namibia en 1971 que "un instrumento internacional deber ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar". "Por eso 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 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"[17]. Realiza una interpretación teniendo en cuenta la evolución de los tiempos y el contexto actual. Tiene lógica dicha interpretación por cuanto el derecho es dinámico y las necesidades cambian, en caso

[17] Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC -10/89 de 14 de julio de 1989, párr. 37.

contrario los instrumentos iniciales, en muchas ocasiones, quedarían obsoletos en el contexto actual o poco efectivos. "Los tratados de derechos humanos son, efectivamente. instrumentos vivos, que acompañan la evolución de los tiempos y del medio social en que se ejercen los derechos protegidos"[18]

Conforme a la Carta de la OEA, la Comisión Interamericana es el órgano encargado de vigilar el cumplimiento de la Declaración Americana. Un instrumento que determina cuáles son los derechos humanos al que hace referencia la Carta. Asimismo, el propio Estatuto (artículos 1.2.b y 20) de la Comisión Interamericana establece la competencia de éste órgano respecto de los derechos humanos enunciado en la Declaración Americana. Además, la Corte Interamericana destaca que la Asamblea General de la OEA en varias ocasiones ha reconocido que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados Miembros de la OEA, y la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985 deja claro que todo acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios establecidos en la Carta de la OEA y en la Carta de la ONU y son violatorios de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Americana y la Declaración Universal[19].

Así, en palabras de la Corte, puede considerarse 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 hace referencia, de modo que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la OEA en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA"[20].

Para la Corte no hay duda que ésta pueda interpretar la Declaración y emitir su opinión consultiva sobre ésta en el marco y dentro de los límites de su competencia, cuando esto sea necesario al interpretar la Carta de la OEA y la Convención Americana, ambos tratados respecto de los cuales la Corte puede ejercer su competencia consultiva conforme al artículo 64.1 de la Convención Americana.

[18] CANÇADO TRINDADE, A., Voto concurrente en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Mexicanos "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, párr.10.
[19] Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC -10/89 de 14 de julio de 1989, párr. 42
[20] Ídem, párr..43

En esta línea concluye señalando que para los Estados Miembros de la OEA "la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales"[21], y la Convención Americana para sus Estados partes la fuente concreta de sus obligaciones. Sin embargo, dice la Corte, conforme al artículo 29.d , "no obstante que el instrumento principal que rige para los Estados Partes en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA"[22].

Para la Corte el hecho de que la Declaración Americana no sea un Tratado no lleva a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo señalado a lo largo de la opinión consultiva.

La Corte decidió por unanimidad que era competente para emitir la opinión consultiva solicitada, y que el artículo 64.1 la autoriza para emitir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el marco y dentro de los límites de su competencia en relación con la Carta y la Convención u otros tratados referidos a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos, a petición de un Estado Miembro de la OEA, o en lo que les compete, de uno de los órganos de la OEA.

Esta decisión es un aporte importante para el derecho internacional y como dice Fabián Salvioli no solo desde la interpretación sobre el valor jurídico de la Declaración, sino también y como consecuencia del mismo, para catalogar a las obligaciones de los Estados Americanos con base en la Declaración Americana, como algo más que "deberes morales de comportamiento"[23]

c. La Declaración Americana presente en decisiones de la Corte Interamericana más allá de la OC-10/89

Desde la adopción de la Opinión Consultiva 10, es habitual encontrar en la jurisprudencia de la Corte pronunciamientos sobre el alcance amplio y no restrictivo del

[21] Párr.45.
[22] Párr.46
[23] SALVIOLI, Fabián, El aporte de la Declaración Americana de 1948 para la Protección Internacional de los Derechos Humanos, ob. cit., p.11.

artículo 64.1 de la Convención Americana al referirse a la facultad de la Corte de emitir una opinión consultiva sobre "otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos americanos"[24]. Así, en palabras de la Corte la competencia consultiva la puede ejercer en general sobre toda disposición relativa a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos al margen de que éstos sean bilaterales o multilaterales, "de cuál sea su objeto principal o de que sean o pueden ser partes del mismo Estados ajenos al sistema internacional". "Por ende, la Corte al interpretar la Convención en el marco de su función consultiva y en los términos del artículo 29.d) de dicho instrumento podrá recurrir a éste u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos"[25].

Como hemos venido señalando, la Declaración Americana jugó un papel importante en el nacimiento y desarrollo del sistema interamericano y es así que la Convención hace referencia a los principios recogidos en la Declaración y establece a este instrumento como pauta de respeto de los derechos humanos. En la misma línea el órgano judicial del sistema interamericano ha venido realizado referencias a la Declaración tanto en opiniones consultivas como en sus sentencias.

En su primera opinión consultiva la Corte Interamericana hace mención a la Declaración Americana refiriéndose al propósito de integración del sistema regional con el universal y manifestó que ésta se advierte en la práctica de la Comisión Interamericana que se ajusta al objeto y fin de la Convención, de la Declaración Americana y del Estatuto[26]. En la opinión consultiva número cuatro también menciona como un marco de referencia a la Declaración Americana en las cuestiones relativas a la nacionalidad y sobre el derecho de las personas de igualdad ante la ley[27]. En la opinión número cinco la Corte recuerda lo establecido en el artículo 29.d de la Convención respecto a la prohibición de

[24] Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-11/90, párrafo 12; OC-13/93, párr. 22; OC-15/97, párr. 30; OC-16/99 de 1 de octubre de 1999; OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002; OC-18/2003 de 17 de septiembre de 2003.
[25] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, "Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por la República de Colombia.
[26] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, "Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos) solicitada por el Perú, párr. 43.
[27] Corte Interamericana de Derechos humanos, Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, "Propuesta de modificación a la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización", solicitada por Costa Rica, párrafos 33 y 65 respectivamente.

toda interpretación que conduzca a excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana, y señala que ésta es reconocida por los Estados Miembros de la OEA en el artículo 1.2 del Estatuto de la Comisión Interamericana (1979) como parte del sistema normativo cuando señala que para fines de dicho Estatuto se entenderá por derechos humanos los derechos definidos en la Convención como los derechos consagrados en la Declaración Americana en relación con los demás Estados miembros. En este contexto recoge lo establecido en el artículo XXVIII de la Declaración Americana que señala que "Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático"[28]. En la opinión consultiva dieciséis se advierte una amplia mención a la Declaración Americana especialmente porque una de las cuestiones planteadas por México se refiere a la Declaración Americana. La consulta de refiere a las garantías judiciales mínimas y el debido proceso en el marco de la pena de muerte, impuesta judicialmente a extranjeros a quienes el Estado receptor no ha informado de su derecho a comunicarse y a solicitar la asistencia de las autoridades consulares del estado de su nacionalidad. En este contexto México manifiesta que tanto él como Estados Unidos además de ser partes de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (CV sobre Relaciones Consulares), también son miembros de la OEA y firmaron la Declaración Americana. Lo que hace México es solicitar a la Corte la interpretación de diversos instrumentos internacionales, seis, entre las que se encuentra la Declaración Americana y la Carta de la OEA y su relación con el artículo 36 de la CV sobre las relaciones consulares. México pide a la Corte, entre otras cosas, si la inobservancia del derecho a la información constituye una violación de los derechos consagrados en el artículo 3 de la Carta de la OEA y II de la Declaración Americana, tomando en cuenta la naturaleza de esos derechos. En este contexto la Corte acude a la Opinión Consultiva diez y se pronuncia al respecto dejando claro que "El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones". Razón por el que

[28] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, párr. 44.

debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo[29].

Se trata de una opinión consultiva que sigue las pautas establecidas en la opinión consultiva diez y como señala Cançado Trindade solo que de modo más elaborado "tomando en consideración la cristalización del derecho a la información sobre la asistencia consular en el tiempo, y su vinculación con los derechos humanos"[30].

Así, a lo largo de las diversas opiniones consultivas encontramos referencias por parte de la Corte a algún articulado de la Declaración Americana[31]. Si vemos sus últimas opiniones emitidas en los años 2017 y 2018, encontramos que en la opinión veinte tres, la Corte al referirse al derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos señala que este derecho lo podemos encontrar además del Protocolo de San Salvador en la Declaración Americana, "(en la medida en que ésta "contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere") y los que se deriven de una interpretación de la Convención acorde con los criterios establecidos en el artículo 29 de la misma"[32].

En su última opinión consultiva, la veinticinco, a la fecha, sobre el asilo y su reconocimiento como derecho fundamental, la Corte, siguiendo su jurisprudencia y considerándose competente conforme al artículo 64.1 de la Convención para emitir opiniones consultivas sobre la Declaración Americana ante la consulta planteada por el Estado ecuatoriano sobre cuáles son las obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana y de la Declaración Americana en una situación de asilo diplomático para el Estado asilante. Reconoce que ambos instrumentos reconocen el asilo territorial pero no el diplomático. Para ello acude a la Declaración Americana e incluso a los trabajos preparatorios de la misma a fin de confirmar las interpretaciones que realiza sobre el contenido de la Declaración sobre el asilo, específicamente sobre la interpretación de la frase "en territorio extranjero" y finalmente concluye excluyendo al

[29] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-16/99, ob.cit., párra.115
[30] Ídem, CANÇADO TRINDADE, Voto concurrente, párr. 10.
[31] Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-6/86, párrafos 20 y 30;
[32] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, "Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por la República de Colombia, párr. 57.

asilo diplomático de la protección del artículo 22.7 de la Convención Americana y el artículo XXVII de la Declaración Americana[33]. Deja dicho que ambos instrumentos "han cristalizado el derecho subjetivo de todas las personas a buscar y recibir asilo, superando el entendimiento histórico de esta institución como una "mera prerrogativa estatal" bajo las diversas convenciones interamericanas sobre asilo"[34]

Por otro lado, en sus sentencias también ha hecho referencia en algunas ocasiones a la Declaración Americana, aunque con menos frecuencia que en las opiniones consultivas. En su primera sentencia en el caso Velásquez Rodríguez en 1987 no hace ninguna referencia, es a partir de 1979 donde encontramos alguna mención a la misma, ya sea porque la Comisión Interamericana lo ha señalado expresamente o motu proprio la Corte la ha mencionado como un instrumento de referencia en el sistema. Así, en el caso Godínez Cruz contra Honduras recoge lo señalado en el Preámbulo de la Declaración Americana respecto a que los derechos humanos representan valores superiores que no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana[35]. También recogido en la Convención Americana. Del mismo modo en 2017 al pronunciarse sobre el derecho al trabajo, recordando que la Declaración Americana, en lo pertinente y en relación con la Carta de la OEA, constituye una fuente de obligaciones internacionales y teniendo en cuenta el artículo 29.d de la Convención recoge el artículo XIV (derecho al trabajo)[36]. No obstante, en el caso López Soto contra Venezuela donde la Comisión Interamericana concluye que Venezuela es responsable por la violación, entre otros, del derecho establecido en el artículo XVIII (el derecho de justicia) de la Declaración Americana, la Corte manifestó que la fuente concreta y primaria de las obligaciones internacionales del Estado es la Convención Americana razón por la que no corresponde pronunciarse sobre el artículo invocado de la Declaración Americana[37]. Sin duda, el instrumento jurídico sobre el que tiene

[33] Corte Interamericana de Derechos humanos, Opinión Consultiva OC-25/2018 de 30 de mayo de 2018, 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), párrafos 145-156.
[34] Ídem, párr.131.
[35] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Godínez Cruz vs. Honduras, sentencia (fondo) de 20 de enero de 1989, párr. 150.
[36] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú, sentencia de 23 de noviembre de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 144.
[37] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso López Soto y Otros vs. Venezuela, sentencia de 26 de septiembre de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas). Cfr. Notas al pie 3 y 21 respectivamente. Véase en

competencia en primer orden es la Convención Americana, pero ello no implica que solo puede pronunciarse sobre la interpretación de este instrumento como vimos supra. De la práctica se advierte que su competencia abarca instrumentos de carácter temático como la Convención Belem do Pará o la Convención interamericana contra la Tortura.

IV. REFLEXIONES FINALES

No hay duda sobre la trascendental importancia de la Declaración Americana en la construcción del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, por cuanto ésta constituye la primera piedra en esa construcción, pero es también cierto que ella nació como un catálogo de derechos con un gran valor moral pero no vinculante para los Estados. De su contenido se advierte no solo el respeto de la dignidad del ser humano, sino también la necesidad del desarrollo del Derecho Internacional.

Con el transcurso del tiempo ha ido ganando espacio y se ha ido incorporando como un marco de referencia en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos en la región, es el caso de la Convención Americana de derechos Humanos que la recoge en su Preámbulo y la considera como un límite a la hora de interpretar la Convención, aspecto sin duda importante y muestra clara del valor que los Estados le confieren a la Declaración transcurridos dos décadas desde su adopción.

Por su parte, el órgano judicial del sistema interamericano cuando tuvo ocasión de referirse, a través de la opinión consultiva número diez manifestó que no es un tratado, y que la interpretación de ésta debe realizarse teniendo en cuenta la evolución del sistema y el momento actual. Así llega a la conclusión sobre el valor jurídico de la Declaración Americana y dejando dicho que ésta constituye "en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales"[38].

Sin duda, los derechos que hoy en día se encuentran recogidos en los diversos instrumentos de derechos humanos en la región han tenido su origen en la Declaración Americana, cuya interpretación conforme lo establece la Corte Interamericana debe

la misma línea Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 5 de octubre de 2015, párr. 29.

[38] Cfr. Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-10/89, ob.cit., párr.45.

realizarse teniendo en cuenta el contexto actual. Sin duda, la Declaración Americana es la partida de nacimiento de los derechos humanos en el sistema interamericano y un instrumento vinculante para los Estados miembros de la OEA.

Revista Electrónica Iberoamericana ISSN: 1988 - 0618
http://www.urjc.es/ceib/ Vol. 13, Edición Especial, 2019

LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ Y LA ARTICULACIÓN NORMATIVA DE LOS DEBERES DEL SER HUMANO

BOGOTA DECLARATION AND THE NORMATIVE ARTICULATION OF THE DUTIES OF THE HUMAN BEING

Pablo Antonio Fernández-Sánchez[1]

Universidad de Sevilla, España

RESUMEN

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, es particularmente interesante por tres razones: la primera por haber sido el primer instrumento internacional en abordar los derechos humanos, en segundo lugar, por haberlo hecho de forma holística, teniendo en cuenta los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales y, en tercer lugar, por abordar los deberes del ser humano.

Se hacía necesario analizar el valor jurídico de esta Declaración, no por su formato formal sino por sus consecuencias a la luz del tiempo presente. Igualmente se hacía necesario conocer cómo los Estados y la jurisprudencia, con sus interpretaciones y actos jurídicos han aplicado la citada Declaración y, por último, perfilar los deberes concretos e invocables del ser humano, no tanto para determinar las obligaciones de los seres humanos, que también, sino para determinar el marco obligacional de los Estados para asegurar esos deberes. A estos temas se dirige este artículo.

PALABRAS CLAVES: Declaración de Bogotá, Deberes del Ser Humano, Valor jurídico Declaración Americana, Aplicación Deberes Humanos.

ABSTRACT

The American Declaration of the Rights and Duties of Man, of 1948, is particularly interesting for three reasons: the first for having been the first international

[1] Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Miembro del Instituto de Estudios sobre América Latina, Universidad de Sevilla (España). Presidente del Instituto Hispano Luso Americano y Filipino de Derecho Internacional (IHLADI). Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de I+D 2017, Ref. EUIN2017-85437 y del Proyecto I+D Excelencia 2015, Ref. DER2015-65906273-P, ambos financiados por el MINECO/FEDER, UE.

instrument to address human rights, secondly for having done so holistically, taking into account civil and political rights and economic, social and cultural rights and, thirdly, to establish the duties of the human being.

It was necessary to analyse the legal value of this Declaration, not because of its formal format but because of its consequences to the light of present times. It was also necessary to know how States and jurisprudence, with their interpretations and legal acts, have applied the aforementioned Declaration and, finally, outline the concrete and invokable duties of the human being, not so much to determine the obligations of human beings, that also, but to determine the obligational framework of the States to ensure these duties. This article is address to these questions.

KEYWORDS: Declaration of Bogotá, Duties of the Human Being, Legal Value, American Declaration, Application of Human Duties.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ. II. INVOCACIÓN DE LA DECLARACIÓN COMO FUNDAMENTO DE DERECHO. III. LOS DEBERES INCLUIDOS EN LA DECLARACIÓN Y SU APLICACIÓN. CONCLUSIONES.

* * *

INTRODUCCIÓN

En 2009, escribí en el Libro Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia una reflexión sobre "La Positivación Jurídico-Internacional de los Deberes del Ser Humano"[2], al que luego le seguiría otra nueva reflexión en el Libro Homenaje a otro colega y amigo, el Prof. Rafáa Ben Anchour, sobre "Les règles positives du droit international concernat les devoirs de l'homme"[3]. Como todo *working in progress*, el tema me ha seguido interesando y aprovecho la oportunidad de esta conmemoración del

[2] FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., "La Positivación Jurídico-Internacional de los Deberes del Ser Humano", en BADÍA MARTÍN, A. M., PIGRAU SOLÉ, A. y OLESTI RAYO, A. (Coords.), *El Derecho Internacional ante los retos de nuestro tiempo – Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, vol. I, pp. 273-286.

[3] FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., "Les règles positives du droit international concernat les devoirs de l'homme", en AA.VV: *Mouvances du Droit*, Konrad Adenauer Stiftung, Tome III, 2015, pp. 233-251, (ISBN: 978-9973-797-26-1).

LXX aniversario de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, para centrarme en los aspectos relacionados con los deberes del ser humano en el conjunto de la citada Declaración, llamada comúnmente Declaración de Bogotá. Soy, pues, deudor de mis trabajos previos en la materia.

No es muy corriente que los derechos humanos lleven, a su vez, una dimensión de los deberes del ser humano. Por eso, esta Declaración es particularmente interesante, además de por ser el primer texto internacional en esta materia (se adoptó el 30 de abril de 1948[4], mientras que la Declaración Universal de Derechos Humanos se adoptó el 10 de diciembre de ese mismo año)[5]. Por tanto, no sólo es la primera vez que los derechos humanos son contemplados de forma holística, teniendo en cuenta el conjunto de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales[6], sino que junto a los derechos se contemplan los deberes del ser humano.

Los mismos miembros de la comisión que elaboró esta Declaración minusvaloraron esta parte de los deberes, porque esta "segunda parte (…) no tenía la importancia y dignidad de la primera"[7].

Es verdad que, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, coetánea a la Declaración Americana, apenas aparecen los deberes de los seres humanos. MADIOT ha analizado las causas por las que los deberes resultaron tan ausentes en la Declaración Universal[8].

A pesar de ello, la propia Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU recoge algunos deberes. Así, el artículo 1 mismo, señala que "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", con lo que está

[4] La influencia de esta Declaración Americana en la elaboración de la Declaración Universal ha sido evidenciada por GLENDON, M. A., "The forgotten Cruicible: The Latin American Influence on the Universal Human Rights Idea", en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, 2003, pp. 27-40

[5] Sobre los trabajos preparatorios de la Declaración Americana, puede verse PAÚL DÍAZ, Á., *Los trabajos preparatorios de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el origen remoto de la Corte Interamericana*, UNAM, México, 2017.

[6] CANÇADO TRINDADE, A., "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948 – 1995): evolución, estado actual y perspectivas" en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Libro conmemorativo de la XXIV Sesión del Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, San José (Costa Rica), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1996, p. 49.

[7] PAÚL DÍAZ, Á., *Los trabajos preparatorios… op. cit.*, p. 294.

[8] MADIOT, Y., *Considérations sur les droits et les devoirs de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 111 y ss.

generando una obligación de un comportamiento fraternal entre los seres humanos (a pesar de la dificultad de precisar lo que constituye un deber fraternal).

Sin embargo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, a diferencia de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, contiene una disposición genérica al respecto: el artículo 29-1º señala que "Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad"[9]. Sin embargo, no señala, en ningún momento, ningún deber concreto ni hace más menciones que la señalada[10].

Esta circunstancia me lleva a desarrollar un análisis previo sobre la propia naturaleza jurídica de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre para constatar si traduce una visión normativa de los deberes del ser humano.

Una vez analizada esa naturaleza jurídica, habrá que establecer las invocaciones que se hacen de esta Declaración y la fundamentación que hacen los tribunales, internacionales y nacionales, con el objeto de descubrir su normatividad.

Por último, pero no menos importante, la articulación de los deberes del ser humano en esta Declaración será objeto de un análisis general, para cerrar el objetivo pretendido.

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ.

El Comité Jurídico Interamericano encargado de elaborar el anteproyecto de la Declaración, dejó escrito que las fuentes en las que se inspiraban eran "las resoluciones y proyectos presentados a la Conferencia de Chapultepec en 1945, el proyecto del Instituto de Derecho Internacional de 1929, el proyecto del 'American Law Institute" de 1942, el

[9] Ese artículo ha sido objeto de estudio. Véase DAES, E.I.A., "Les devoirs de l'individu envers la communauté et les limitations des droits et libertés de l'homme en vertu de l'article 29 de la Déclaration universelle des droits de l'homme" en *Contribution à l'étude de la liberté garantie à l'individu par la loi*, Nations Unies, New York, 1983, p. 66 y ss.
[10] CASSIN, R., "De la place faite aux devoirs de l´individu dans la Declaration Universelle des Droits de l´Homme", en *Mélanges afferts à Polys Modinos*, Pedone, Paris, 1968, pp. 479-489.

proyecto de la Comisión de Estudio para la Organización de la Paz y la Declaración de Filadelfia de 1944 de la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo"[11].

Como podemos observar, se trata de textos no vinculantes. Ahora bien, esto, en ningún momento determina la naturaleza jurídica de la Declaración porque sólo se han utilizado como elementos inspiradores. Sin embargo, la Declaración de Bogotá no nace en el marco de un procedimiento jurídico de positivación, pero, podemos decir que su "valor jurídico se fortaleció por el propio Pacto de San José de Costa Rica, por la base legal y procedimental de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y finalmente por la interpretación realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el desarrollo de su competencia consultiva"[12]. A ello le debemos añadir no sólo la práctica posterior de los Estados, en sus invocaciones internacionales y en su ejecución interna.

Efectivamente, desde sus inicios, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han tenido en cuenta la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el *Caso Rafael Ferrer-Mazorra y Otros contra Estados Unidos*, en 2001, ha considerado el valor jurídico de la Declaración señalando que constituye una fuente de obligaciones internacionales, aunque no señala qué naturaleza tiene esa fuente a la que se refiere[13].

La Corte, por su parte, lo dejó muy claro la primera vez que tuvo que referirse a la naturaleza jurídica de la Declaración, señalando que "no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana 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"[14]. Considera a la Declaración como

[11] GROS ESPIELL, H., "La Declaración Americana: Raíces Conceptuales Y Políticas en la historia, la Filosofía y el Derecho Americano", IIDH, San José de Costa Rica, p. 46 (http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06857-2.pdf).
[12] SALVIOLI, F. O., "El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la Protección Internacional de los Derechos Humanos", en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI* (San José de Costa Rica, 2003) I, p. 7 (http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-aporte-de-la-declaracion-americana-de-1948-para-la-proteccion-internacional-de-los-derechos-humanos-fabian-salvioli.pdf).
[13] Comisión Interamericana de DD.HH., Caso 9903 - Rafael Ferrer-Mazorra y Otros - Estados Unidos (2001), Informe, N° 51/01, párr. 178.
[14] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Interpretación de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos

fuente de obligaciones internacionales[15] y, en este sentido, SALVIOLI ha señalado que "cuando la Corte afirma que para todos los Estados de la OEA la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales, está haciendo referencia al instrumento jurídico en sí, y no a los derechos contenidos en él"[16].

No le falta razón a Álvaro PAÚL DÍAZ cuando señala que "La Corte afirma que se habría producido una evolución en el valor de la Declaración, pero tal transformación no puede producirse por el mero paso del tiempo, pues éste no cambia la naturaleza de los instrumentos internacionales. Entonces, para que la afirmación de la Corte sea válida, es necesario que se den algunos elementos adicionales. En el caso de la Declaración, la Corte parece relacionar esta evolución con la aprobación de nuevos instrumentos, así como con modificaciones en el orden jurídico global. Por ello, podría alegarse que la Corte basa esta evolución, principalmente, sobre las reformas a la Carta de la OEA, ya referidas al analizar el debate sobre el valor jurídico de la Declaración"[17].

Cuando se reforma la Carta de la OEA en 1967, por el Protocolo de Buenos Aires, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pasa a formar parte de la estructura orgánica principal de la Organización de Estados Americanos. Pues bien, se considera que esta circunstancia eleva la categoría de la Declaración Americana de Derechos Humanos porque la referencia que hace la enmienda de la Carta de la OEA a los derechos humanos debe entenderse a la Declaración Americana[18].

Personalmente me parece exagerado otorgarle una naturaleza jurídica de tratado (como parte integrante de la Carta de la OEA) por considerar que la referencia a los derechos humanos y a la elevación de la categoría de órgano principal de la OEA a la Comisión Interamericana son elementos suficientes para esta afirmación. Incluso,

---

Humanos". Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A N 10, parágrafo 37, pp. 20/21, 1989.

[15] *Ibidem*, par. 45, p. 25.

[16] SALVIOLI, F. O. "El aporte… op. cit., p. 14.

[17] PAÚL DÍAZ, Á., "La Génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Relevancia Actual de sus Trabajos Preparatorios", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* nº 47, dic. 2016, p. (https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512016000200012#footnote-079-backlink)

[18] Esto es cuestionado por CERNA, C. M., "Reflections on the Normative Status of the American Declaration of the Rights and Duties of Man", en *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 30, nº 4, 2009, p. 1212. (https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1849&context=jil).

considerar, como lo hace BUERGENTHAL, que el hecho de que el Reglamento Interno de la Comisión Interamericana contemple esta Declaración y que la reforma de la Carta de la OEA hacía referencia a la "actual Comisión", eso era suficiente para darle rango convencional[19]. No comparto esta apreciación.

Es verdad, como luego veremos, que tanto la Comisión como la Corte Interamericanas de Derechos Humanos han dado autoridad jurídica a la Declaración, considerando violaciones de derechos humanos basándose en el contenido de la Declaración.

Parece claro que hay una gran coincidencia de los derechos humanos señalados en la Declaración y en la Convención Americana de Derechos Humanos, aunque no todos los derechos que se recogen en la primera aparecen en la segunda. Ahora bien, el problema que quiero plantear en este trabajo es en relación con los deberes del ser humano, parte poco estudiada por la doctrina y por los órganos internacionales a pesar de que, curiosamente, el preámbulo de la Declaración se dedica casi en exclusiva a hacer referencia a los deberes del ser humano. En dicho preámbulo se señala que

"El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.

Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan.

Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría.

Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu.

Y puesto que la moral y buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre".

[19] BUERGENTHAL,T., "The Revised OAS Charter and the Protection of Human Rights", en *The American Journal of International Law*, vol. 69, 1975, p. 834.

Claro está que la naturaleza jurídica de esta Declaración no está en esta parte programática sino, en todo caso, en la dispositiva, sin embargo, traduce el sentir de los Estados aceptantes de la misma. GROS ESPIELL considera que esta parte preambular es "una mezcla poco feliz de conceptos morales y jurídicos, poco clara, confusa e inútil"[20]. En efecto, no le falta razón al profesor uruguayo, aunque en el conjunto de la Declaración, como luego veremos, si que se precisan los deberes y se señala un marco normativo concreto.

Llegados hasta este punto, es importante señalar que es la primera vez que existe un texto internacional donde se recojan los deberes del ser humano. La existencia de los deberes del ser humano siempre se han analizado desde la naturaleza de la moral universal[21]. Eran, pues, un campo abonado para la filosofía[22] o la llamada moral social[23]. La religión también asumía estos deberes desde la perspectiva de los valores.

Sin embargo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre recoge estos deberes, bajo un prisma jurídico, aunque no se pueda precisar adecuadamente esta dimensión jurídica. De hecho, esta Declaración es una realidad, alejada de los proyectos de Declaraciones que han proliferado y se han presentado como verdaderos catálogos de deberes, pero sin más trascendencia que la intelectual o, como mucho, de propuestas de *lege ferenda*.

En este sentido y más allá de la reflexión que se ha planteado en torno a la naturaleza jurídica de la propia Declaración Americana, ¿podríamos considerar los deberes contemplados en la misma como normas positivas de Derecho Internacional? Podrían suponer principios generales del derecho, derecho consuetudinario e incluso actos unilaterales de los Estados.

En los derechos internos existen principios jurídicos en relación con este tema, como el principio *Ubi ius (jus), ibi officium* (donde hay derecho, hay obligaciones)[24], lo

---

[20] GROS ESPIELL, H., "La Declaración… *op. cit.*, p. 50.

[21] HOLBACH, P. H. T., Barón de, *Moral universal ó deberes del hombre fundados en su naturaleza* / obra escrita en francés y traducida al castellano por D. Manuel Díaz Moreno. Segunda Parte. *Practica de la moral*. Madrid : Imprenta de D. Mateo Repullés, 1821. Véase también la obra clásica de PUFFENDORF, S., *De officio hominis et civis* (De los deberes del hombre y del ciudadano [1673]), ed. Salvador Rus Rufino, CEPC, Madrid, 2002.

[22] CARRERAS Y ARTAU, J., *Tratado De Los Deberes Del Hombre*, Librería Bosch, Barcelona, 1936.

[23] HOSTOS, E. M., *Moral social* , Imprenta de Bailly-Bailliere é Hijos, Madrid, 1906. En el capítulo XXI habla de los deberes del hombre para con la humanidad.

[24] Este principio aparece, por ejemplo, en la INSTRUCTIO SERVANDA A TRIBUNALIBUS DIOECESANIS ET NTERDIOECESANIS IN PERTRACTANDIS CAUSIS NULLITATIS

que se considera indisociable[25] y el principio de alteridad, el cual implica que todo derecho comporta una obligación y que todo titular de un derecho tiene necesariamente relación con un sujeto obligado[26]. De hecho, hay cierto consenso en la doctrina para asegurar que "la théorie des droits de l'homme contient implicitement une théorie des devoirs"[27].

Obviamente, estos principios generales del derecho son trasladables al ordenamiento jurídico internacional porque reconocen un valor fundamental que informa un sistema jurídico, en el conjunto del mismo o en un sector de él[28].

Estos principios pueden ser deducidos o inducidos y su reconocimiento o descubrimiento se vincula a la jurisprudencia, a la doctrina o a los propios sujetos del ordenamiento jurídico.

Deberíamos de preguntarnos, por tanto, si sería suficiente que el principio sirva de fundamento jurídico para la afirmación de la positivación jurídico-internacional de los deberes del ser humano, o si sólo sirve como orientación interpretativa. En este caso, voy a recurrir al Prof. ARCE Y FLÓREZ cuando dice que «los principios generales del Derecho se observan desde la óptica de su función informadora, fundamentadora del ordenamiento jurídico, propiamente deben ser valorados como *superfuente* o *fuente de las fuentes*»[29].

Si esto es así, junto a la idea de que la propia Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, como texto y no sólo su contenido, es considerado como norma jurídica positiva, incluyendo los deberes del ser humano, igualmente se puede reforzar esa positividad desde la perspectiva de los principios generales del derecho.

MATRIMONII, PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS, *DIGNITAS CONNUBII*, art. 107-2º.

[25] TEDESCHI, P., *Les droits et les devoirs de l'homme come éléments indissociables*, en *Revue Administrative*, vol. 43, nº 254, mars/avril 1990, pp. 127-137.

[26] El principio de alteridad ha sido profusamente utilizado por la jurisprudencia, tanto nacional como internacional. Por ejemplo, sentencia del Tribunal Supremo de Venezuela, de 14 de mayo de 2007 (http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2007/mayo/2116-14-43.181-.html). El Tribunal Constitucional español recoge este principio de alteridad cuando se trata de aplicar el principio de igualdad. Así, desde la STC 49/1982, de 14 de julio (RTC 1982\49), hasta la actualidad han sido muchas las sentencias que se han ocupado de fijar este principio de alteridad.

[27] RONDEAU, D., "La Relation des Droits aux Devoirs : Approche Interculturelle", en *Revue ASPECTS*, n° 1 - 2008, p. 129.

[28] SCHAWARZEMBERGER, G., "The Fundamental Principles of International Law", en *RCADI*, vol. 87, 1955-I, p. 201.

[29] ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1990, p. 59.

II. INVOCACIÓN DE LA DECLARACIÓN COMO FUNDAMENTO DE DERECHO.

Entre 1965 y 1978, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tuvo a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre como única fuente jurídica del sistema interamericano de derechos humanos[30].

Después de 1978, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha continuado manteniendo esta fundamentación, sobre todo, frente a aquellos Estados que no han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos. Por ejemplo, cuando en 1981 le llega el caso de la aplicación de la pena capital a los menores en Estados Unidos, Estado que no había ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, llega a la convicción de que la Declaración Americana genera obligaciones jurídicas en relación con esta práctica, que es contraria al artículo 1 y 2 de la citada Declaración[31].

Ahora bien, en ningún momento se señala el origen de la fuente jurídica. Sin embargo, la propia Comisión entra a conocer la práctica, las normas de *ius cogens* y los principio inspirados en los valores de los derechos humanos.

La naturaleza jurídica de rango consuetudinario de esta Declaración Americana[32], que es lo que me interesa en este análisis inicial, puede presumirse, pero, es más contundente si los propios Estados así lo atestiguan. La Comisión Interamericana encontró como norma emergente de derecho consuetudinario la existencia de una práctica de no aplicación de la pena de muerte a los menores de 18 años[33].

En 1988, Colombia solicita que la Corte Interamericana se pronuncie en una Opinión Consultiva sobre el valor jurídico de la Declaración Americana, en el marco del sistema de protección interamericano de derechos humanos.

---

[30] CERNA, Christina M., "Reflections on the Normative Status…", *Op. cit.* p. 1214. (https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1849&context=jil).
[31] *Roach c. Estados Unidos*, Caso 9647, CIDH, Report nº 3/87, par. 63, 1987.
[32] Es la conclusión a la que llega NIKKEN, P., "La Declaración Universal y la Declaración Americana. La Formación del Moderno Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Revista Instituto Ibteramerciano de Derechos Humanos*, Número especial en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 1989, pp. 98 y 99.
[33] *Ibidem*, par. 60.

Lo primero que tuvo que conocer la Corte era la opinión de los Estados, en relación a si la Corte Interamericana de Derechos Humanos podía emitir Opiniones Consultivas en relación a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Hubo mucha participación en estas consultas y voy a retener aquellas respuestas positivas que me interesan en mi análisis. El Gobierno uruguayo precisó lo siguiente:

"El texto en cuestión tiene hoy efectos vinculantes para los Estados declarantes, ya que cristaliza un mínimo ético, moral y jurídico en cuanto a los Derechos y Deberes del Hombre, que recoge criterios consuetudinarios compartidos por todos los Estados democráticos del Continente (artículo 3 de la Carta Reformada de la OCA). Por último, habría que señalar que la Declaración puede tener un rango jerárquico por lo menos igual al de la Convención Americana, en función de lo que ésta establece en su artículo 29, en virtud de lo que este tratado dispone y por la naturaleza misma de la materia regulada por la Declaración, aceptada como fuente de derecho por la práctica interamericana en los últimos años"[34].

Es más, el Gobierno uruguayo expresó que "la Declaración forma un todo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 29), por lo cual también puede ser objeto de una opinión consultiva"[35]. Desde luego, esto no significa, como bien recoge Pedro NIKKEN que la Declaración Americana haya "adquirido el rango de derecho convencional por haber quedado, de alguna forma, incorporada a la Carta de la OEA" porque el habla de la incorporación de la Declaración al derecho consuetudinario[36].

Desde luego, la *opinio iuris* de muchos Estados, al respecto, es contundente. El mismo Gobierno uruguayo, en sus conclusiones finales del documento al que me he referido, señala de forma expresa que

[34] Observaciones del Gobierno de Uruguay, de 14 de junio de 1988 al Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a efectos de acusar recibo de la atenta nota de la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. CDH/OC 10/020 del 2 de marzo de 1988, mediante la cual me comunica que el Gobierno de Colombia solicitó a dicha Corte una opinión consultiva, sobre el tema de si el artículo 64 de la convención Americana sobre Derechos Humanos autoriza a la Corte Interamericana a rendir opiniones consultivas relativas a la interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que fuera adoptada por la Novena Conferencia Internacional Americana, en 1948 (http://www1.umn.edu/humanrts//iachr/B/10-esp-5.html) .
[35] *Ibidem*.
[36] NIKKEN, P. *La Protección Internacional de los Derechos Humanos. Su Desarrollo Progresivo*, Civitas, Madrid, 1987, págs. 286-290

"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"[37].

Por su parte, otro Gobierno, el costarricense, también se manifestó en el mismo sentido. De esta forma, sus conclusiones generales fueron que

"El Gobierno de la República de Costa Rica considera que, no obstante el gran acierto y la nobleza que conlleva la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, no se está en presencia de un tratado en el sentido establecido por el Derecho Internacional, de modo que el Artículo 64 de la Convención Americana no faculta a la Corte Interamericana para interpretar la Declaración. Sin embargo, ello de ninguna manera podría menoscabar la posibilidad de que la Corte utilice la Declaración y los preceptos ahí incorporados para interpretar otros instrumentos jurídicos relacionados ni para considerar que muchos de los derechos ahí reconocidos sean elevados a la categoría indiscutible de costumbre internacional"[38].

Es verdad que otros Estados, como los Estados Unidos o Venezuela se opusieron a la consideración de que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre generara obligaciones jurídicas. Sin embargo, la propia Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en numerosas Resoluciones ha reconocido expresamente que la Declaración Americana genera obligaciones jurídicas[39], lo que debería ser considerado como la expresión máxima de la *opinio iuris* de los Estados (en este caso, americanos).

La propia Corte Americana de Derechos Humanos se declaró competente para emitir Opiniones Consultivas sobre la interpretación de "la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el marco y dentro de los límites de su competencia

[37] Observaciones del Gobierno de Uruguay… *op. cit.*, conclusión ii).
[38] Declaración del Gobierno de la República de Costa Rica a la solicitud planteada por el Gobierno de Colombia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que emita una Opinión Consultiva concerniente al Status de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (https://www1.umn.edu/humanrts/iachr/B/10-esp-2.html).
[39] Resolución 314 (VII-O/77) del 22 de junio de 1977 o la Resolución 371 (VIII-O/78) del 1 de julio de 1978.

en relación con la Carta y la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos"[40].

La Corte concluyó, como no podía ser de otra manera, que la Declaración Americana no ostentaba la categoría jurídica de tratado[41] pero eso no significaría que careciera de entidad jurídica. Por tanto, puede producir efectos jurídicos, sólo que la Corte tiene otros instrumentos, en este caso convencionales, para interpretar y aplicar, a diferencia de la Comisión Interamericana que, para aquellos Estados que no han ratificado la Convención, sobre todo anglosajones, para los que sólo le queda la Declaración, que es la que sigue aplicando.

Es más, la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada y suscrita por la Asamblea General de la OEA en Cartagena de Indias, en diciembre de 1985, reconoce expresamente en su Preámbulo que la Convención recoge Principios consagrados en dicha Declaración.

El reglamento interno de la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos, en su artículo 23, también recoge que

"Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA puede presentar a la Comisión peticiones en su propio nombre o en el de terceras personas, referentes a la presunta violación de alguno de los derechos humanos reconocidos, según el caso, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre…"

Todo esto quiere decir que los Estados, los órganos internacionales y la jurisprudencia internacional considera que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre es una fuente de obligaciones jurídicas de los Estados americanos, de carácter consuetudinario. Es el razonamiento que también siguió la Corte Americana de Derechos Humanos cuando señaló que "la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales"[42].

[40] Opinión consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989 / 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 Corte I.D.H. (Ser. A) No. 10 (1989).
[41] Opinión Consultiva, CIDH, nº 10, 1989, par. 33.
[42] Opinión Consultiva OC-10/89, CIDH, par. 45.

También podríamos considerar que la existencia del art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su párrafo d) señala que ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de "excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza". Esa mención expresa de la Declaración puede tomarse como una constitucionalización o un acto de reenvío.

Sin embargo, la intención de incluir expresamente esta Declaración, no era la elevación del rango jurídico ni crear una norma de reenvío sino evitar la tentación de considerar que la Declaración quedara derogada por la existencia de la Convención[43].

Esto podría ser una vía para que la Corte Interamericana conociera de las obligaciones de los Estados en relación con los deberes del ser humano, que no ha sido nunca explorada pero que se podría encauzar jurídicamente.

Las manifestaciones jurídicas, en forma de actos unilaterales de los Estados que corroboran esta dimensión jurídica de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, tienen una proyección constitucional, por ejemplo, la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela que recoge la Declaración de Bogotá, como fuente de garantías legales[44] o la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana[45].

Igualmente, muchas Constituciones de América Latina recogen hoy día los deberes del ser humano, a raíz de las obligaciones internacionales de los Estados, como la actual Constitución de Argentina (art. 21), Bolivia (art. 8), Chile (art. 22), Colombia (arts. 22 y 95), Costa Rica (arts. 18 y 90), Cuba (arts. 64,65 y 66), Ecuador (art. 97) El Salvador (art.73), Guatemala (arts. 135 y 136), Honduras (arts. 40 y 41), México (arts. 35 y 36), Nicaragua (arts. 24 y 51), Panamá (art. 60), Paraguay (arts. 75, 127, 128 y 129), Perú (arts. 22, 31 y 38), República Dominicana (art. 9) y Venezuela (arts. 130, 131, 132, 133, 134 y 135)[46].

---

[43] PAÚL DÍAZ,Á., *Los trabajos preparatorios… op. cit.*, p. 19.
[44] Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, de 13 de diciembre de 2001.
[45] Resolución No. 296-2005
[46] *Base de Datos Políticos de las Américas* (2006) Deberes del ciudadano. *Estudio Constitucional Comparativo*. [Internet]. Centro de Estudios Latinoamericanos, Escuela de Servicio Exterior, Universidad de Georgetown. En: http://pdba.georgetown.edu/Comp/Derechos/deberes.html

III. LOS DEBERES INCLUIDOS EN LA DECLARACIÓN Y SU APLICACIÓN.

Los primeros anteproyectos e incluso el propio proyecto de la Declaración no contenían una especificidad de los deberes del ser humano. Sólo incluía el artículo XIX indicando que:

"Los derechos y los deberes son correlativos y el deber de respetar los derechos de los otros será, en todo tiempo, una restricción al ejercicio arbitrario de los derechos"[47].

Fue el Grupo de Trabajo de la VI Comisión de la Conferencia de Bogotá la que incluyó el listado de los deberes. Incluso se habían propuesto mas deberes de los finalmente contenidos en la Declaración, como el deber ante el espíritu, el deber de cultura, o el deber de moralidad y buenas maneras[48], que afortunadamente no fueron retenidos en el texto final de la Declaración. Esto, con el tiempo, sirvió de base a los artículos 27 a 29 de la Carta Africana de los Derechos de los Hombres y de los Pueblos de 1981.

Según GROS ESPIELL, "la enumeración de deberes en la Declaración Americana es inútilmente extensa. Debió haber sido más concreta y precisa, destacando la correlatividad de derechos y deberes, y con respecto a quienes existen los deberes"[49].

No obstante, el mismo reconoce la utilidad de la enumeración cuando señala que "De todos modos la enumeración de deberes hecha por la Declaración es importante, ya que, mientras que en relación con los derechos humanos, la Convención Americana de 1969 los ha vuelto a enumerar, estableciendo las obligaciones de los Estados partes a su respecto y organizando el mecanismo internacional de aplicación y protección; en cuanto a los deberes del hombre no hay otro texto posterior, con excepción del artículo 32 de la Convención. Es por ello que la Declaración guarda una significación especial en relación con los deberes del hombre en el Sistema Interamericano"[50].

Hay que tener en cuenta que la inexistencia de textos normativos sobre los deberes del ser humano, hace que la Declaración de Bogotá sea muy relevante porque "en cuanto

[47] Comité Jurídico Interamericano, Recomendaciones e Informes, 1945-1947, Río de Janeiro. 1950, pp. 106-107.
[48] PAÚL DÍAZ, Á., *Los trabajos preparatorios… op. cit.*, p. 294.
[49] GROS ESPIELL, H., "La Declaración… op. cit., p. 53.
[50] *Ibidem*.

a los deberes del hombre, es el único texto de referencia que hay que considerar, ya que la Convención sólo contiene la norma genérica del artículo 32.1 y, además, porque la propia Convención, en cuanto a los derechos, se refiere a la Declaración en su artículo 29.d), prohibiendo toda interpretación del Pacto de San José que excluya o limite el efecto que pueda producir la Declaración”[51].

Todas estas disposiciones sobre los deberes del ser humano nos muestran que los redactores de la Declaración consideraban que los derechos no están establecidos solo para el goce de sus beneficiarios. En efecto, el Comité Jurídico Interamericano afirmó que existen derechos que deben ser ejercidos "para el bien general de la comunidad y la conservación del orden y seguridad públicos"[52].

Son muy importantes los Trabajos Preparatorios de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre porque, al ser el único texto que contempla los deberes concretos del ser humano, esos Trabajos Preparatorios pueden servir de guía para una interpretación correcta de la voluntad de los participantes. Tanto es así, que, a veces, han servido de fundamento jurídico a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para considerar, por ejemplo, que el alcance del derecho a la vida que se contempla en la Declaración Americana de Derechos Humanos no contempla la defensa de la vida desde el momento de la concepción, como sí lo contempla la Convención Americana de Derechos Humanos[53]. En este caso, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre se contempla como fuente directa de obligaciones[54], aunque no señala la categoría de la fuente en esa conclusión. Es importante señalar que no se habla de un derecho u otro, sino de la propia Declaración, como tal, por tato, incluye los deberes del ser humano, que es el tema que nos ocupa.

Los deberes de los seres humanos aparecen en la Declaración porque el fundamento de los derechos humanos no es la autonomía del ser humano. Ello se deduce precisamente de la existencia de deberes para con los demás y para con la sociedad.

La idea de concretizar esos deberes era por seguridad jurídica, por lo que los delegados gubernamentales tenían en mente, en los trabajos preparatorios, que estaban elaborando un catálogo de deberes. De hecho, cuando se quisieron añadir tres deberes

[51] GROSS ESPIELL, H., “La Declaración… op. cit., p. 62.
[52] PAÚL DÍAZ, Á., “La Génesis… *op. cit.*, parte V, epígrafe 1.
[53] Baby Boy Case, Case 2141, inter-Am C.H.R, Report nº 23/81.
[54] *Ibidem*, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev.1, par. 15-17, 1981.

más, el resultado fue que se incluyeron en su preámbulo porque como dijo el delegado colombiano en la sesión de aprobación final de estos deberes, la Declaración "contenía principios de carácter netamente jurídicos susceptibles de sanción por su violación"[55]

¿Cuáles son los deberes que recoge la Declaración de Bogotá? Los siguientes:

Artículo XXIX. Toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad.	Deberes ante la sociedad.
Artículo XXX. Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten.	Deberes para con los hijos y los padres.
Artículo XXXI. Toda persona tiene el deber de adquirir a lo menos la instrucción primaria.	Deberes de instrucción.
Artículo XXXII. Toda persona tiene el deber de votar en las elecciones populares del país de que sea nacional, cuando esté legalmente capacitada para ello.	Deber de sufragio.
Artículo XXXIII. Toda persona tiene el deber de obedecer a la Ley y demás mandamientos legítimos de las autoridades de su país y de aquél en que se encuentre.	Deber de obediencia a la Ley.
Artículo XXXIV. Toda persona hábil tiene el deber de prestar los servicios civiles y militares que la Patria requiera para su defensa y	Deber de servir a la comunidad y a la nación.

[55] PAÚL DÍAZ, Á. *Los trabajos preparatorios… op. cit.*, p. 301.

conservación, y en caso de calamidad pública, los servicios de que sea capaz. Asimismo tiene el deber de desempeñar los cargos de elección popular que le correspondan en el Estado de que sea nacional.	
Artículo XXXV. Toda persona tiene el deber de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y con las circunstancias	Deberes de asistencia y seguridad sociales.
Artículo XXXVI. Toda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos por la Ley para el sostenimiento de los servicios públicos.	Deber de pagar impuestos.
Artículo XXXVII. Toda persona tiene el deber de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad.	Deber de trabajo.
Artículo XXXVIII. Toda persona tiene el deber de no intervenir en las actividades políticas que, de conformidad con la Ley, sean privativas de los ciudadanos del Estado en que sea extranjero.	Deber de abstenerse de actividades políticas en país extranjero.

La idea que parece predominar aparentemente en este catálogo es la de la reciprocidad entre derechos y deberes. Esta espina dorsal del sistema de derechos y deberes se percibe claramente en muchos elementos.

Sin embargo, es realmente así. ¿Podríamos concluir que cada deber señalado es el corolario de un derecho? Si fuera así, por qué no se planteó un único artículo, como ha sucedido en la mayoría de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Sin ánimo de ser exhaustivo, si es conveniente analizar brevemente cada deber señalado para aproximarse al objetivo de mi reflexión, sobre la existencia o no de deberes autónomos, no dependientes sólo de la existencia de un derecho.

En cuanto a los *Deberes ante la sociedad*, desde hace mucho, muchísimo tiempo, se viene afirmando esta idea de la existencia de deberes ante la sociedad. Juan José Nieto, en 1814 articula un proyecto que él mismo llama Derechos y Deberes del Hombre en Sociedad[56]. Sin embargo, este marco de los deberes para con la sociedad no se ha planteado hasta esta Declaración. Al ser un deber genérico, los distintos Estados, cuando han ido incorporando estos deberes del ser humano en sus propias Constituciones lo han hecho de forma diferente, aunque la idea persiste en todas las Constituciones de América Latina analizadas.

Este deber va mucho más allá del servicio militar o la defensa de la patria. Por ejemplo, Bolivia en el art. 8-8º de su Constitución incluye el deber de "resguardar y proteger los bienes e intereses de la colectividad". Chile, en el art. 22 de su Constitución señala el deber de "respeto a Chile y a sus emblemas nacionales", así como el "deber fundamental de honrar a la patria". En la Constitución colombiana, en el art. 95 aparece en relación con la comunidad nacional, el deber de "engrandecerla y dignificarla" o "proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano". Para Cuba (art. 65) "Es deber de cada uno cuidar la propiedad publica y social, acatar la disciplina del trabajo, respetar los derechos de los demás, observar las normas de convivencia socialista y cumplir los deberes cívicos y sociales".

Ecuador, en un sumun de deberes que entran más en el campo del deber ser que del ser, a pesar de estar constitucionalizado, se ha recogido en el art. 97 de su Constitución hasta el deber de "no ser ocioso, no mentir, no robar", entre otros deberes, lo que supone un exceso de regulación inútil, más programática que dispositiva si no fuera porque está incorporado en la parte dispositiva de la Constitución.

En México, los deberes relacionados con la sociedad están recogidos en el art. 36 y se señalan, entre otras obligaciones "Inscribirse en el catastro de la municipalidad, manifestando la propiedad que el mismo ciudadano tenga, la industria, profesión o trabajo

[56] NIETO, J. J. *Derechos y deberes del hombre en sociedad*, Imprenta Eduardo Hernández, Cartagena, Colombia, 1814 (transcripto por Sergio Mejía en *revista de Estudios Sociales*, nº 38, 2011, pp. 179-183 (http://www.scielo.org.co/pdf/res/n38/n38a16.pdf).

de que subsista; así como también inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos, en los términos que determinen las leyes" o "alistarse en la Guardia Nacional".

Para Perú (art. 38 de su Constitución), "todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales". Para la República Dominicana (art. 9-c de su Constitución), "Los habitantes de la República deben abstenerse de todo acto perjudicial a su estabilidad, independencia o soberanía". Finalmente, en la Constitución venezolana aparecen deberes relacionados con estos deberes para con la sociedad, señalando en su art. 130 que "Los venezolanos y venezolanas tienen el deber de honrar y defender a la patria, sus símbolos, valores culturales, resguardar y proteger la soberanía, la nacionalidad, la integridad territorial, la autodeterminación y los intereses de la Nación". También en el art. 132 se señala que "Toda persona tiene el deber de cumplir sus responsabilidades sociales y participar solidariamente en la vida política, civil y comunitaria del país, promoviendo y defendiendo los derechos humanos como fundamento de la convivencia democrática y de la paz social"[57].

Como podemos ver, la articulación de este deber para con la sociedad, ha sido incorporado a numerosas Constituciones de América Latina lo que significa que constituye un acervo latinoamericano. Es verdad que el contenido del deber varía de unos lugares a otros, pero, por otro lado, igual ocurre con los derechos, por tanto, estas variaciones sobre un mismo tema no invalida la naturaleza jurídica de este deber.

En relación con los *Deberes para con los hijos y los padres*, es prácticamente universal la regulación jurídica, tanto en el ámbito civil como en el penal, de las cargas que pueden suponer los hijos y los padres. Estos deberes, por supuesto, vienen recogidos en la moral cristiana, que los incluye en La Biblia[58], pero, a los efectos de la articulación jurídica que aquí nos interesa, cualquiera que recorra los ordenamientos jurídicos de América Latina (y de cualquier parte del mundo) podrá comprobar la ingente normativa de estos deberes, así como su jurisprudencia.

---

[57] Todos los datos concretos pueden verse en *Base de Datos Políticos de las Américas* (2006) Deberes del ciudadano. *Estudio Constitucional Comparativo*. [Internet]. Centro de Estudios Latinoamericanos, Escuela de Servicio Exterior, Universidad de Georgetown. En: http://pdba.georgetown.edu/Comp/Derechos/deberes.html.

[58] Hay numerosos pronunciamientos bíblicos sobre estos deberes, incluso introducidos en los 10 Mandamientos. Entre los muchísimos ejemplos que son citados, basta una muestra: Fernando Alexis Jiménez, Doce Obligaciones de Padres e Hijos según La Biblia, 6 de junio 2018 (http://www.mensajerodelapalabra.com/site/index.php/doce-obligaciones-de-padres-e-hijos-segun-la-biblia/).

Hay establecido un *corpus iuris* muy importante que supone un exhaustivo catálogo de obligaciones, como normas jurídicas vinculantes. Incluso algunas Constituciones de América Latina reconocen deberes en el ámbito de la familia[59]. Por ejemplo, la Constitución de Bolivia, en su art. 8-5º señala el deber fundamental de "De asistir, alimentar y educar a sus hijos menores de edad, así como de proteger y socorrer a sus padres cuando se hallen en situación de enfermedad, miseria o desamparo". Por su parte, la Constitución nicaragüense señala en su art. 24 que "Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad, la patria y la humanidad. 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".

Igualmente, a nivel interno, hay normas exhaustivas sobre los deberes familiares, tanto para con los hijos como para con los padres que establecen la responsabilidad del grupo familiar en relación con la atención y cuidado[60]. Igualmente hay una generosa producción de jurisprudencia, en cada país, que se escapa a los objetivos que se pretenden en este pequeño análisis, e, incluso en la Corte Interamericana de Derechos Humanos[61].

Además de todo esto, hay que considerar que los Estados de América Latina son parte de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989[62], que en su artículo 3-2º habla de que "Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas".

En el ámbito latinoamericano existe, igualmente, tratados de ámbito regional que recoge algunos deberes para con los padres, como la Convención Interamericana sobre l Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, de 15 de junio de 2015, en

[59] Hay análisis concienzudos de todas las Constituciones de América Latina que han sido desarrollados por distintos autores, según el país, que hacen mención expresa de estos deberes. Véase, ANDREWS, C., *Un Siglo de Constitucionalismo en América Latina (1917-2017)*, Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C., Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2017.

[60] Véase al respecto la tabla que establece con las normas singulares en cada uno de los Estados de la comunidad latinoamericana: CASTIGLIONE, S., *Lesiones No intencionales, Legislación de América Latina sobre programas Preventivos y Responsabilidades*", Organización Panamericana de la Salud, Washington, 2004, pp. 56-59.

[61] TORRE, N. de la, "Máximos precedentes: Derecho constitucional de familia. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Adopción. Alimentos", *La Ley*, 2014

[62] https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en

vigor desde el 1 de noviembre de 2017, que si bien no ha sido totalmente firmada, ratificada o adherida por todos los Estados de América Latina, estamos en un proceso que se dirige a ello[63].

De esta forma, nadie puede dudar de la dimensión jurídica de estos deberes, aunque han de precisarse en relación con las circunstancias y con el ámbito territorial de la situación, para concretar el ámbito de aplicación.

Respecto a los *Deberes de instrucción*, formulado en un sentido tan amplio, habría que precisar su contenido para establecer el marco obligacional. En términos generales, estos deberes de instrucción están indicando una educación primaria, que no sabemos si es lo mismo que una educación elemental, aunque parece que no.

La Declaración Universal de Derechos Humanos recoge en su artículo 26 no sólo el derecho a la educación (lo que viene establece en todos los textos de derechos humanos que afectan a esta materia) o la gratuidad de la misma que son aspectos que no analizo aquí, sino la obligatoriedad de la instrucción elemental. Por tanto, el deber de instrucción que recoge unos meses antes de la proclamación de la Declaración Universal de la ONU, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, lo señala entre los deberes específicos reconocidos.

Algunas Constituciones de América Latina también reconocen esta obligación concreta, articulada en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Así, por ejemplo, la Constitución de Bolivia establece el deber fundamental "De adquirir instrucción por lo menos primaria", en su art. 8-3. Por su parte, la Constitución de Ecuador, en su art. 97-7, establece el deber de "Estudiar y capacitarse". Sin embargo, la Constitución de Paraguay, en su art. 75, habla de *responsabilidad educativa*, lo que traduce una dimensión diferente a la obligación. La de la República Dominicana señala en su art. 9-g que "Es obligación de todas las personas que habitan el territorio de la República Dominicana, asistir a los establecimientos educativos de la Nación para adquirir, por lo menos, la instrucción elemental".

Aparentemente son pocas las Constituciones que recogen expresamente esta obligación, incluso una de las que lo recoge, habla de responsabilidad y no de obligación.

[63] Para ver el estado actual de firmas, ratificaciones y adhesiones, véase http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp

¿Quiero ello decir que estos deberes para con la instrucción tiene una débil fundamentación jurídica?

Habría que detenerse demasiado en un análisis exhaustivo de casos concretos porque no es lo mismo hablar de la obligación de instrucción de los niños, que de los adultos. También habría que diferenciar el significado de la instrucción primaria (por ejemplo, las cuatro reglas básicas del conocimiento matemático o las reglas esenciales de la lengua), de la instrucción reglada de la educación primaria para niños, que recogería todos los cursos que conforme una educación general básica. ¿Y con los adultos?

Por tanto, puede establecerse la obligación general de estar instruido, pero no podría establecerse una obligación general en cuanto al contenido de lo que debe entenderse por instrucción primaria.

Y los adultos, ¿están obligados a recibir esa instrucción? Y los Estados, ¿están obligados a proporcionarla?

El *Deber de sufragio* es más complejo. En relación con el deber de sufragio (distinto es el derecho), "cuando el Comité Jurídico Interamericano afirma que el derecho al sufragio implica una obligación, la que no solo incluye la de emitir el voto, sino que ha de hacerlo "con la convicción de que [se] está cumpliendo un deber cívico al contribuir directa o indirectamente a la orientación de la política general del Gobierno y a la consecución de los medios de mejorar las condiciones de vida del pueblo en general". En otras palabras, se entiende que el ciudadano debe usar su voluntad autónoma en pos del bien común"[64].

Hay muchos ordenamientos jurídicos, sobre todo en América Latina donde el sufragio es obligatorio para los electores, impuesto, pues, como un deber, además de como un derecho. Incluso hay sanciones para aquellos que lo incumplan[65]. Esto hace que el sufragio no se explica desde el derecho de participación, sino desde el deber comunitario que lo justifica[66].

En el momento de aprobación de la Declaración no hubo discusión alguna sobre este deber y se aprobó sin discusión, aunque el delegado nicaragüense recordó que había

[64] PAÚL DÍAZ, Á., "La Génesis… *op. cit.*, parte V, epígrafe 1.
[65] NOGUIERA A., H., *Derechos y Deberes Electorales*, Ediciones Hoy, 1988.
[66] MARTÍNEZ VÁZQUEZ, B., El sufragio y la idea representativa democrática, Ediciones Depalma, 1966, p. 32

muchos Estados latinoamericanos que no contemplaban este deber de sufragio en sus ordenamientos internos por lo que quiso que se declarara este deber como esencial[67].

Algunas Constituciones de América Latina conservan aun esta obligatoriedad del sufragio, como la de El Salvador, en su art. 73-1º que establece el deber político de ejercer el sufragio, incluyendo el deber de votar en la consulta popular directa contemplada en la Constitución. Guatemala, por su parte, en su art. 136, que señala los deberes y derechos políticos, como un todo, recoge en su punto 2 la obligación de elegir y ser electo. Obviamente, la sistemática de haber unido los derechos y deberes alcanza a esta barbaridad de considerar como un deber y un deber hasta ser electo, lo que, obviamente, es un contrasentido. Honduras, en el art. 41-3 de su Constitución recoge el deber ciudadano de ejercer el sufragio. México, igualmente, recoge en su art. 35-III la obligación ciudadana de votar en las elecciones populares en los términos que señale la ley. Es verdad que la remisión legislativa permitiría, quizás, modular esta obligación, pero la prescripción es clara.

Por su parte, la Constitución de la República Dominicana, mucho más precisa técnicamente, señala en su art. 9-d que "Todo ciudadano dominicano tiene el deber de votar, siempre que esté legalmente capacitado para hacerlo".

¿Se podría deducir de estos fundamentos una obligación general de *Deber de Sufragio*? En mi opinión, no. En 1948, quizás, pudo entenderse esta obligación y que ella haya sido trasladada a algunas Constituciones, e incluso que haya cierta tradición jurídica en América Latina. Sin embargo, hoy día, sería poco explicable la existencia de esta obligación.

En relación con el *Deber de obediencia a la Ley*, parece una obviedad, que proviene de una obligación general del derecho, como es el cumplimiento de la ley. Cualquier Código Civil, Penal o de cualquier índole, reconoce esta obligación, que responde, como digo, a un principio general del derecho. Tanto es así que en el debate final de aprobación de la Declaración no hubo discusión alguna[68].

Este deber no responde a lo que BOBBIO llamaba *reductio ad Hitlerum*, para señalar la obediencia incondicional de los súbditos sino que responde a la concepción instrumental

[67] PAÚL DÍAZ, Á., *Los trabajos preparatorios… op. cit.*, p. 297.
[68] PAÚL DÍAZ, Á., *Los trabajos preparatorios… op. cit.*, p. 297.

del derecho[69]. Es la consecuencia directa de la existencia de las normas jurídicas, que en eso se diferencian de las reglas morales, sociales o éticas, en su obligado cumplimiento, que es la razón primera de la existencia del orden jurídico.

Al ser un principio general del derecho, como corolario de otro principio como es el de que *ignorantia legis neminem excusat* (la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento), no necesita demostración y, por lo tanto, no tiene que traducirse en norma convencional o constitucional alguna.

A pesar de ello, algunas Constituciones de América Latina han recogido expresamente esta obligación. Por ejemplo, la de Bolivia, en su art. 8-1º, la Constitución de Colombia, en su art. 95, la de Costa Rica, en su art. 18, la de Cuba, en su art. 66, la de Ecuador, en su art. 97-1º, la de El Salvador, en relación exclusivamente con la propia Constitución, en su art. 73-2º, igualmente la de Guatemala, en su art. 135-2º (en relación con la Constitución) y en su art. 135-5º en relación a las leyes, la de Honduras, en su art. 41-1º, la de Paraguay, que dedica un art. Expreso a ello, el art. 127 de su Constitución, señalando, además, que "Toda persona está obligada al cumplimiento de la ley, la crítica a las leyes es libre, pero no está permitido predicar su desobediencia", Perú, en su art. 38, la República Dominicana, art. 9-a y Venezuela, en su art. 131.

Del *Deber de servir a la comunidad y a la nación* se puede decir que está muy interiorizado en la memoria jurídica de la comunidad latinoamericana. Este deber puede tener alcances diferentes, según los Estados, pero, como deber genérico es absolutamente un deber contemplado jurídicamente en todos los niveles posibles.

Obviamente la redacción de este deber proyecta un alcance *rationae personae* y *rationae materiae*. El texto dice que "Toda persona hábil tiene el deber de prestar los servicios civiles y militares que la Patria requiera para su defensa y conservación, y en caso de calamidad pública, los servicios de que sea capaz".

Por tanto, la limitación *rationae personae* alcanza sólo a las personas hábiles, lo que implicaría a su vez un estudio detallado de esta consideración, que puede variar de un Estado a otro pero que no invalida el deber. La limitación *rationae materiae* alcanza igualmente a los aspectos civiles y militares, en periodo de conflictos armado o no, así como en caso de

[69] GÓMEZ ADANERO, M. y GÓMEZ GARCÍA, J. A., *Filosofía del Derecho*, UNED, Madrid, 2014, tema III, epígrafe 1.

calamidad pública, lenguaje que hoy día podría asemejarse al estado de emergencia, urgencia, etc., de conformidad con las distintas denominación, intensidades y grados, en cada Estado.

Las distintas Constituciones latinoamericanas señalan estas diferencias también, pero la mayoría recogen este tipo de obligaciones. Así, la Constitución de Argentina señala en su art. 21 que "Todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la patria y de esta Constitución". Bolivia es mucha más laxa y, en su art. 8-6º establece la obligación "De prestar los servicios civiles y militares que la Nación requiera para su desarrollo, defensa y conservación", con lo que, como puede comprobarse fácilmente, podría exigirse cualquier servicio civil o militar, por cualquier cuestión que se considere que es desarrollo del país.

La Constitución chilena, en su art. 22 menciona la obligación de los chilenos de "defender su soberanía y de contribuir a preservar la seguridad nacional y los valores esenciales de la tradición chilena" pero no indica cómo, aunque señala la obligatoriedad del servicio militar y demás cargas personales que impongan la ley. La Constitución de Cuba señala también, en su art. 65, "el deber supremo de cada cubano" de defender a la patria, pero no se señala cómo debe hacerse. No se impone, pues, una entrega personal física.

La Constitución de El Salvador, en su art. 73, remite a la ley en cuanto al servicio al Estado, al igual que la de Guatemala que, en su art. 135-7º habla de prestar el servicio militar y social, de acuerdo con la ley. Honduras, en el art. 41-5º limita este tipo de obligaciones al cumplimiento del servicio militar.

Curiosamente la Constitución mexicana habla en su art. 35 de la prerrogativa (es decir el derecho) del ciudadano de "tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes" pero no se generan obligaciones respecto al deber de servir a la comunidad y a la Nación.

Paraguay ha sido mucho más explícita en la regulación de este deber, señalando en su art. 128 que señala que "todos los habitantes deben colaborar en bien del país, prestando los servicios y desempeñando las funciones definidas como carga pública, que determinen esta Constitución y la ley". En el artículo 129 se regula la obligatoriedad del servicio militar, sólo para varones.

En el caso de la República Dominicana, el art. 9-b de su Constitución, señala que "Todo dominicano hábil tiene el deber de prestar los servicios civiles y militares que la Patria requiera para su defensa y conservación".

En la Constitución de Venezuela se señala una aparente contradicción al respecto. El art. 134 indica que "Toda persona, de conformidad con la ley, tiene el deber de prestar los servicios civil o militar necesarios para la defensa, preservación y desarrollo del país, o para hacer frente a situaciones de calamidad pública. Nadie puede ser sometido a reclutamiento forzoso. Toda persona tiene el deber de prestar servicios en las funciones electorales que se les asignen de conformidad con la ley". Por un lado, se obliga a prestar los servicios civil y militar y, por otro, se prohíbe el reclutamiento forzoso. En cuanto a las funciones electores, la obligación es absoluta, aunque, obviamente, aunque dice toda persona, también señala que se hará de conformidad con la ley. Es de suponer que ley venezolana tendrá previsto la capacidad para ejercer esta obligación, así como las excepciones.

Respecto a los *Deberes de asistencia y seguridad sociales*, una vez más debemos recurrir a las Constituciones latinoamericanas para constatar que, efectivamente, este deber se hace constar a nivel constitucional, lo que aseguraría que estamos ante otro deber que detenta un rango jurídico indiscutible.

De esta forma, la Constitución de Bolivia, en su art. 8-7º, señala el deber fundamental "De cooperar con los órganos del Estado y la comunidad en el servicio y la seguridad sociales". La Constitución de Colombia, en su art. 95-2º señala este deber de la siguiente forma: "Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas". Cuba, por su parte, en el art. 64 señala esta obligación con un lenguaje equívoco pero que recoge la esencia del deber: "Es deber de cada uno cuidar la propiedad publica y social, acatar la disciplina del trabajo, respetar los derechos de los demás, observar las normas de convivencia socialista y cumplir los deberes cívicos y sociales". Se puede observar el lenguaje *socialista* que utiliza.

Paraguay es otro de los Estados latinoamericanos cuya Constitución, en el art. 128 recoge algo parecido a este deber que comento. Textualmente dice: "En ningún caso el interés de los particulares primará sobre el interés general. todos los habitantes deben colaborar en bien del país, prestando los servicios y desempeñando las funciones definidas como carga pública, que determinen esta Constitución y la ley".

La República Dominicana, por su parte, en su art. 9-h señala que "Toda persona está en el deber de cooperar con el Estado en cuanto a asistencia y seguridad social de acuerdo con sus posibilidades". Venezuela, por su parte, deja traslucir esta obligación en varios artículos de su Constitución (132, 133, 134) pero que, a veces, pueden confundirse con otras obligaciones, como la de pagar impuestos para el sostenimiento de las arcas públicas o el de prestar servicios a la comunidad.

En el año 1948, cuando se adopta la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el concepto de seguridad social era bien distintos del actual. Por eso, este deber está, hoy día, recogido en todos los ordenamientos de América Latina. Todos ellos disponen de regímenes públicos de asistencia y prestaciones sociales, en relación con las capacidades de cada Estado y de cada persona y todos tienen la obligación de colaborar.

El *Deber de pagar impuestos*, es algo que trasciende incluso la lógica. El sostenimiento de Estado debe ser pagado por los ciudadanos, de ahí que exista este deber de pagar impuestos, que bien podría haberse llamado de otra manera, tal como hacen algunas Constituciones de América Latina. Ahora bien, hubo discusiones encendidas para la aprobación de este texto "Toda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos por las leyes para el sostenimiento de los servicios públicos del país de su residencia". La propuesta inicial en vez de "servicios", llevaba la palabra "gastos", pero que se aceptó la modificación. Igualmente se discutió quiénes, si los tributos tenían que ser legítimos o los establecidos por la ley, si los obligados deberían ser los residentes, los nacionales, los que tuvieran bienes raíces en el país, aunque residieran en el extranjero[70].

Bolivia, una vez más, ha sabido incorporar este derecho con mejor técnica jurídica. De ahí que el art. 8-4º de su Constitución reconozca el deber fundamental "De contribuir, en proporción a su capacidad económica, al sostenimiento de los servicios públicos". Colombia también utiliza el lenguaje más adecuado, señalando en el art. 95-9º, el deber de la persona y de ciudadano a "Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad".

La de Costa Rica, en el art. 18 establece que "Los costarricenses deben observar la Constitución y las leyes, servir a la Patria, defenderla y contribuir para los gastos públicos". La de Ecuador, en su art. 97-10º habla del deber de los ciudadanos de "Pagar los tributos

[70] PAÚL DÍAZ, Á., *Los trabajos preparatorios… op. cit.*, p. 298-299.

establecidos por la ley". La de Guatemala, art. 135-4º, prescribe el deber de "Contribuir a los gastos públicos, en la forma prescrita por la ley".

La Constitución de la República Dominicana, en su art. 9-e declara como deber fundamental "Contribuir en proporción a su capacidad contributiva para las cargas públicas". La de Venezuela, con más clara dimensión técnica, en su art. 133 señala que "Toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley".

Como vemos, pues, es una norma de lógica jurídica que es expresamente establecida como un deber ciudadano en muchísimas Constituciones latinoamericanas y, por supuesto, se contempla en todos los ordenamientos jurídicos internos.

Marshall decía que el deber de pagar impuestos es lo que hace posible que el Estado pueda materializar los derechos sociales[71]. Y no le falta razón. Es verdad que cada Estado tiene su modelo[72], aunque hay una tendencia a hacer un modelo común en toda América Latina[73] pero todos los modelos parten del deber del ciudadano de contribuir a los gastos públicos a través de sus impuestos o tributos.

En cuanto al *Deber de trabajo*, parece, cuanto menos, que la técnica jurídica no estuvo muy presente en el planteamiento de este deber. El texto completo de esta obligación se formula de la siguiente manera: "Toda persona tiene el deber de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad".

Dicho de esta manera, deja entrelucir la obligación del trabajo, aunque se tengan medios económicos suficientes para subsistir porque se establece también que el objetivo no es sólo la subsistencia sino el beneficio de la comunidad. De esta forma, acorde con esta interpretación literal, una persona no podría decidir, de forma autónoma, no trabajar.

No incorporo el elemento de la falta de empleo, por razones ajenas a la persona, que se puede traducir en un derecho social de ayuda. Los trabajos preparatorios dejaron claro

[71] Citado por REY PÉREZ, J. L., *El Discurso de los Derechos. Una Introducción a los Derechos Humanos*, Universidad Pontifica Comillas, Madrid, 211, p. 77.
[72] VALDÉS COSTA, R., *Estudios de Derecho Tributario Latinoamericano*, Editorial y Librería Jurídica A.M. Fernández, Montevideo, Uruguay, 1982. Otra bibliografía más actualizada puede verse en CARBAJO VASCO, D. & Otros, *Los Sistemas Tributarios en América Latina*, AECID e Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2017.
[73] SALCEDO YOUNES, R. Y. *Modelo de Código Tributario para América Latina – Tendencias Actuales de Tributación*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, 2010.

dos cuestiones en el debate de aprobación final, que este deber no eliminaba el derecho de huelga y que la idea de incluir este deber al trabajo era evitar la ociosidad, diferente de la dedicación a actividades no remuneradas si las condiciones económicas lo permiten[74]

Este deber, una vez más, requiere acudir a las Constituciones de América Latina. De esta forma la Constitución de Bolivia recoge el deber fundamental, en el art. 8-2º "De trabajar, según su capacidad y posibilidades, en actividades socialmente útiles". Habrá que estar atento a la interpretación de esta expresión de actividades socialmente útiles porque la prostitución puede ser una de estas actividades y, sin embargo, está prohibida, o puede que una persona trabaje en una actividad inútil, aunque sea legal.

Ecuador ha llegado aun más lejos y ha establecido en su Constitución, art. 97-6, el deber y la responsabilidad de "Trabajar con eficiencia". Esta expresión de eficiencia, como puede deducirse es altamente contraproducente en un texto jurídico constitucional, pero es la que aparece en la misma.

Ese mismo artículo 97, pero en su apartado 18 señala, a su vez, que también es un deber "Ejercer la profesión u oficio con sujeción a la ética". Introducir estos elementos distorsionan el derecho, por lo que hubiera sido diferente haber señalado un concepto jurídico como la deontología profesional.

Guatemala, por su parte, en el art. 135-3º de su Constitución incorpora el deber del trabajo, al mismo tiempo que el derecho señalando que el objetivo es el desarrollo cívico, cultural, moral, económico y social de los guatemaltecos. Desconozco si la labor de un conserje en un bloque de apartamentos pudiera incluirse dentro de estos objetivos, pero me parece, cuanto menos, innecesario, estas previsiones que solo empañan la correcta interpretación del deber de trabajar, como corolario del derecho.

Resulta curioso que Panamá el único deber del ser humano que reconoce es precisamente el deber del trabajo, formulándolo en el art. 60 de su Constitución, de la siguiente manera: "El trabajo es un derecho y un deber del individuo, y por lo tanto es una obligación del Estado elaborar políticas económicas encaminadas a promover el pleno empleo y asegurar a todo trabajador las condiciones necesarias a una existencia decorosa". Por tanto, es un derecho y un deber, pero me parece oportuno señalar la obligación del Estado

[74] PAÚL DÍAZ, Á., *Los trabajos preparatorios… op. cit.*, p. 299.

en la elaboración de políticas públicas de empleo, así como la obligación del Estado de asegurar a los trabajadores las condiciones necesarias de una existencia decorosa.

Perú también recoge en su Constitución (art. 22) que el trabajo es un derecho y un deber y señala, además, que es la base del bienestar social y un medio de la realización de la persona.

La Constitución de la República Dominicana, en su art. 9-f se señala que "Toda persona tiene la obligación de dedicarse a un trabajo de su elección con el fin de proveer dignamente a su sustento y al de su familia, alcanzar el más amplio perfeccionamiento de su personalidad y contribuir al bienestar y progreso de la sociedad".

La Constitución de Venezuela no recoge expresamente el deber de trabajar, sin embargo, en el art. 135 recoge lo siguiente: "Quienes aspiren al ejercicio de cualquier profesión, tienen el deber de prestar servicio a la comunidad durante el tiempo, lugar y condiciones que determine la ley". Como puede verse es una obligación laboral (y social) para el ejercicio de una profesión. Desconozco si los legisladores estaban pensando en profesiones liberales o artísticas o estrictamente de ejercicio laboral. No obstante, aunque la ley recoja todas las excepciones y todas las reglas, me parece un exceso que se haya reconocido en la propia Constitución un deber de estas características que creo que sólo induce a agravios comparativos.

Por último, el *Deber de abstenerse de actividades políticas en país extranjero*, que se formula de la siguiente manera: "Toda persona tiene el deber de no intervenir en las actividades políticas que, de conformidad con la Ley, sean privativas de los ciudadanos del Estado en que sea extranjero". Esta es una obligación general del Derecho Internacional Público y particular de los Estados de América Latina por la existencia de la norma convencional contenida en la Convención sobre Condiciones de los Extranjeros, de 20 de febrero de1928. En efecto, la presencia de un extranjero en un Estado del que no es nacional, es un acto de derecho público y, por tanto, está sometido al derecho del Estado. El derecho Internacional si que contempla un standard mínimo de derechos para los extranjeros que alcanzan lo que se considera las consideraciones elementales de humanidad, que coinciden con el artículo 3 común a los 4 Convenios de Ginebra y con los derechos inderogables que contempla, por ejemplo, el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos o el 4 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos.

Entre los derechos no se contemplan los derechos políticos por lo que un Estado puede limitar estos derechos[75]. Sin embargo, en los últimos tiempos, estos derechos políticos de los extranjeros han desarrollado un extenso número de normas convencionales que han superado las normas generales de Derecho Internacional[76]. Numerosos tratados internacionales han incorporado derechos para que los extranjeros puedan ser electores y elegibles en algunos procesos electorales, sobre todo de carácter local.

A pesar de ello, la Constitución de la República Dominicana es la única que recoge este deber de los extranjeros de abstenerse de participar en actividades políticas en territorio dominicano (art. 9-i de la Constitución).

Este deber está siendo puesto en tela de juicio porque las circunstancias desde que se adoptó la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre hasta nuestros días, han cambiado muchísimo. Muy al contrario, la tendencia actual es la de crear ciudadanías más integradas, en los procesos de integración regional y establecer, sobre la base de la reciprocidad, mayores cuotas de participación política de los extranjeros. Por tanto, quizás, este deber es innecesario, a la luz de la interpretación actual, salvo para generar una obligación de los extranjeros para que realicen actividades políticas contra el Estado del que es nacional y no pueda ser considerada la situación como un acto inamistoso o una injerencia en asuntos internos de un Estado.

CONCLUSIONES

1. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre representa la conjunción de un instrumento holístico que recoge derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y deberes del ser humano. En este sentido, es un caso no sólo primerizo sino único.

2. En relación con los deberes del ser humano, ni siquiera la propia Comisión valoraron adecuadamente los mismos, al considerarlos de segunda categoría, en relación con

[75] RODRÍGUEZ DRINCOURT, J. *Los derechos políticos de los extranjeros*, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
[76] Sobre las normas generales, véase FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., "Extranjería: principios de Derecho internacional general", en *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, marzo de 1991, nº 11, pp. 39-51.

los derechos y porque no se esmeraron en su técnica jurídica. Se recogen como deberes algunos principios jurídicos y algunas normas derivadas de derechos humanos. Además, se mezclaron los marcos obligacionales de las personas y de los Estados, sin que, hasta la fecha, se hayan sacado provecho de ambos.

3. La naturaleza jurídica de la Declaración no está en su cualidad formal dado que no se ha establecido en un procedimiento formal de positivación. Sin embargo, hay otros muchos elementos que la consagran como un texto de carácter jurídico. En este aspecto ha jugado un papel muy importante la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, sobre todo, la práctica de los Estados, sus manifestaciones públicas y la incorporación de los derechos y deberes que contempla en sus ordenamientos internos, muchos de ellos con rango constitucional.

4. Los derechos contemplados en la Declaración han sido recogidos en numerosos tratados internacionales y regionales. Sin embargo, los deberes apenas aparecen y, en todo caso, no hay un catálogo de deberes, tal como si se recoge en la Declaración. Es la primera vez en la historia jurídica que aparecen los deberes del ser humano, con una base jurídica.

5. Si le damos valor jurídico a la Declaración, como texto, los deberes que se contemplan en ella son también normas jurídicas. Si le damos valor jurídico sólo a aquellos derechos y deberes que sean coincidentes con normas convencionales o que sean aceptados por la práctica de los Estados o por su consideración de normas, bien imperativas, bien por ser principios generales del derecho, hay que decir, que los deberes que se contemplan en la Declaración tienen ese valor jurídico. Todos y cada uno de ellos tienen reflejo en las propias Constituciones de muchos de los Estados Latino-Americanos o quedan reflejados en su normativa interna.

6. No creo que la base jurídica de la existencia de deberes sea tan solo el principio de alteridad (a un derecho le corresponde un deber) porque los deberes generan obligaciones no sólo para las personas, sino, sobre todo, para los Estados, que tienen que poner los medios para que dichos deberes sean cumplidos.

7. Frente a las críticas doctrinales de la inutilidad de haber elaborado un catálogo de deberes, yo creo, por el contrario que es uno de los grandes logros de la Declaración, aunque todavía no se haya utilizado todo su potencial. Haberse remitido a un

único artículo, como han hecho los instrumentos convencionales, ha demostrado que no ha tenido utilización alguna.

8. La existencia de este catálogo de deberes ha supuesto que muchos Estados hayan elevado los mismos a la categoría de normas constitucionales o legales, en los ordenamientos internos. Ello es porque los derechos se deben ejercer no sólo para el goce de los particulares sino para el bien general.

9. No obstante, la técnica jurídica del catálogo de derechos es muy deficiente porque no todos ellos suponen deberes para el ser humano. Algunos de ellos son principios generales del derecho, alteridad de derechos e, incluso, obligaciones estatales.

10. La obligación de cumplir con las leyes, el pagar impuestos o las obligaciones derivadas de las relaciones filiales son normas preestablecidas en todos los ordenamientos jurídicos que son consecuencias de principios jurídicos y como tales, no responden ni a derechos ni a deberes.

11. La obligación de la instrucción primaria si puede considerarse un deber no sólo para con las personas sino, sobre todo, para con los Estados que tienen la obligación de proveer de los medios materiales, humanos y jurídicos para el ejercicio de este deber, que no se refiere sólo a los niños porque no hay ninguna distinción (toda persona).

12. El deber de sufragio es otro deber contemplado como tal. Hay que considerar que hay muchas Constituciones de Estados de América Latina que se contempla esta obligación. Sin embargo, hay otras que no la contemplan y, desde luego, no es la tónica que siguen los Estados democráticos que reconocen el derecho, pero no la obligación. Este deber deberá ser objeto de estudio futuro cuando haya posibilidades reales de invocación del mismo.

13. El deber de servicio a la comunidad y a la Nación puede reducirse a la prestación del servicio militar o al ejercicio del derecho de objeción de conciencia, pero el deber va mucho más allá, para incorporar una dimensión civil, en el marco de situaciones de emergencia pública.

14. El deber del trabajo también es una formulación exagerada puesto que no permitiría *strictu sensu* que una persona con capacidad económica suficiente para su subsistencia pudiera vivir sin trabajar, dado que el fundamento de este deber, tal como lo contempla la Declaración, es que se trata de una dimensión social y, por lo tanto, todos

tenemos que trabajar. Pero lo que me parece más importante de la formulación de este deber es la transmisión de la obligación al Estado para la elaboración de políticas activas de empleo y el aseguramiento de las condiciones laborales de los trabajadores.

15. El deber de abstenerse de ejercer actividades políticas en un país extranjero responde también a un principio bien asentado en el Derecho Internacionales sobre los límites del ejercicio de los derechos políticos de los extranjeros. Sin embargo, a la luz de los tiempos presentes, estas cuestiones están puestas en tela de juicio y son contrarias a las prácticas más modernas, donde se permiten limitadas participaciones electorales en los sufragios de los extranjeros. Cuestión diferente sería para limitar las actividades de los extranjeros contra Estados extranjeros, lo que estaría justificado.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXIS JIMÉNEZ, F., Doce Obligaciones de Padres e Hijos según La Biblia, 6 de junio 2018 (http://www.mensajerodelapalabra.com/site/index.php/doce-obligaciones-de-padres-e-hijos-segun-la-biblia/).

ANDREWS, C., *Un Siglo de Constitucionalismo en América Latina (1917-2017)*, Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C., Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2017.

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1990.

BUERGENTHAL,T., "The Revised OAS Charter and the Protection of Human Rights", en *The American Journal of International Law*, vol. 69, 1975.

CANÇADO TRINDADE, A., "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948 – 1995): evolución, estado actual y perspectivas" en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Libro conmemorativo de la XXIV Sesión del Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, San José (Costa Rica), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1996.

CARBAJO VASCO, D. & Otros, *Los Sistemas Tributarios en América Latina*, AECID e Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2017.

CARRERAS Y ARTAU, J., *Tratado De Los Deberes Del Hombre*, Librería Bosch, Barcelona, 1936.

CASSIN, R., "De la place faite aux devoirs de l´individu dans la Declaration Universelle des Droits de l´Homme", en *Mélanges afferts à Polys Modinos*, Pedone, Paris, 1968, pp. 479-489.

CASTIGLIONE, S., *Lesiones No intencionales, Legislación de América Latina sobre programas Preventivos y Responsabilidades*", Organización Panamericana de la Salud, Washington, 2004.

CERNA, C. M., "Reflections on the Normative Status of the American Declaration of the Rights and Duties of Man", en *University of Pennsylvania Journal of*

International Law, vol. 30, nº 4, 2009, p. 1212. (https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1849&context=jil).

DAES, E.I.A., "Les devoirs de l'individu envers la communauté et les limitations des droits et libertés de l'homme en vertu de l'article 29 de la Déclaration universelle des droits de l'homme" en *Contribution à l'étude de la liberté garantie à l'individu par la loi*, Nations Unies, New York, 1983, p. 66 y ss.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., "Extranjería: principios de Derecho internacional general", en *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, marzo de 1991, nº 11, pp. 39-51.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., "La Positivación Jurídico-Internacional de los Deberes del Ser Humano", en BADÍA MARTÍN, A. M., PIGRAU SOLÉ, A. y OLESTI RAYO, A. (Coords.), *El Derecho Internacional ante los retos de nuestro tiempo – Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, vol. I, pp. 273-286.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., "Les règles positives du droit international concernat les devoirs de l'homme", en AA.VV., *Mouvances du Droit*, Konrad Adenauer Stiftung, Tome III, 2015, pp. 233-251.

GLENDON, M. A., "The forgotten Cruicible: The Latin American Influence on the Universl Human Rights Idea", en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, 2003, pp. 27-40

GÓMEZ ADANERO, M. y GÓMEZ GARCÍA, J. A., *Filosofía del Derecho*, UNED, Madrid, 2014.

GROS ESPIELL, H., "La Declaración Americana: Raíces Conceptuales y Políticas en la Historia, la Filosofía y el Derecho Americano", IIDH, San José de Costa Rica, (http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06857-2.pdf).

HOLBACH, P. H. T., Barón de, *Moral universal ó deberes del hombre fundados en su naturaleza* / obra escrita en francés y traducida al castellano por D. Manuel Díaz Moreno. Segunda Parte. *Practica de la moral*. Madrid: Imprenta de D. Mateo Repullés, 1821.

HOSTOS, E. M., *Moral social*, Imprenta de Bailly-Bailliere é Hijos, Madrid, 1906.

MADIOT, Y., *Considérations sur les droits et les devoirs de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ, B., El sufragio y la idea representativa democrática, Ediciones Depalma, 1966.

NIETO, J. J. *Derechos y deberes del hombre en sociedad*, Imprenta Eduardo Hernández, Cartagena, Colombia, 1814 (transcripto por Sergio Mejía en *revista de Estudios Sociales*, nº 38, 2011, pp. 179-183 (http://www.scielo.org.co/pdf/res/n38/n38a16.pdf).

NIKKEN, P. *La Protección Internacional de los Derechos Humanos. Su Desarrollo Progresivo*, Civitas, Madrid, 1987.

NIKKEN, P., "La Declaración Universal y la Declaración Americana. La Formación del Moderno Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Revista Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos*, Número especial en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 1989.

NOGUIERA A., H., *Derechos y Deberes Electorales*, Ediciones Hoy, 1988.

PAÚL DÍAZ, Á., "La Génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Relevancia Actual de sus Trabajos Preparatorios", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* nº 47, dic. 2016, p. (https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512016000200012#footnote-079-backlink)

PAÚL DÍAZ, Á., *Los trabajos preparatorios de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el origen remoto de la Corte Interamericana*, UNAM, México, 2017.

PUFFENDORF, S., *De officio hominis et civis* (De los deberes del hombre y del ciudadano [1673]), ed. Salvador Rus Rufino, CEPC, Madrid, 2002.

REY PÉREZ, J. L., *El Discurso de los Derechos. Una Introducción a los Derechos Humanos*, Universidad Pontifica Comillas, Madrid, 2011.

RODRÍGUEZ DRINCOURT, J. *Los derechos políticos de los extranjeros*, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

RONDEAU, D., "La Relation des Droits aux Devoirs: Approche Interculturelle", en *Revue ASPECTS*, n° 1 – 2008.

SALCEDO YOUNES, R. Y. *Modelo de Código Tributario para América Latina – Tendencias Actuales de Tributación*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, 2010.

SALVIOLI, F. O., "El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la Protección Internacional de los Derechos Humanos", en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI* (San José de Costa Rica, 2003) I, (http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-aporte-de-la-declaracion-americana-de-1948-para-la-proteccion-internacional-de-los-derechos-humanos-fabian-salvioli.pdf).

SCHAWARZEMBERGER, G., "The Fundamental Principles of International Law", en *RCADI*, vol. 87, 1955-I.

TEDESCHI, P., *Les droits et les devoirs de l'homme come éléments indissociables*, en *Revue Administrative*, vol. 43, nº 254, mars/avril 1990, pp. 127-137.

TORRE, N. de la, "Máximos precedentes: Derecho constitucional de familia. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Adopción. Alimentos", *La Ley*, 2014.

VALDÉS COSTA, R., *Estudios de Derecho Tributario Latinoamericano*, Editorial y Librería Jurídica A.M. Fernández, Montevideo, Uruguay, 1982.

II. LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ Y LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Revista Electrónica Iberoamericana ISSN: 1988 - 0618
http://www.urjc.es/ceib/ Vol. 13, Edición Especial, 2019

NOTAS SOBRE ESPAÑA, AMÉRICA Y LOS DERECHOS HUMANOS

NOTES ON SPAIN, AMERICA AND HUMAN RIGHTS

Carlos R. Fernández Liesa[1]

Universidad Carlos III, España

RESUMEN

El papel de los derechos humanos en las relaciones entre América y España ha evolucionado a lo largo de los siglos, aunque estuvo muy presente desde la conquista. En este trabajo se analizan varios elementos de esta relación, que se remontan a los escritos y reivindicaciones de Bartolomé de Las Casas a la concepción universalista de derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: América, España, derechos humanos, esclavitud, Bartolomé de Las Casas, Francisco de Vitoria, Francisco Suárez.

ABSTRACT

The role of human rights in relations between America and Spain has evolved over the centuries, although it was very present since the conquest. This paper analyzes several elements of this relationship, which go back to the writings and claims of Bartolomé de Las Casas to the universalist conception of human rights.

KEYWORDS: America, Spain, human rights, slavery, Bartolomé de Las Casas, Francisco de Vitoria, Francisco Suárez.

SUMARIO: 1. EL TRATO AL INDÍGENA: ENTRE LAS LEYES Y LA REALIDAD. 2. LA CUESTIÓN DE LA ESCLAVITUD. 3. LAS CONCEPCIONES UNIVERSALISTAS Y LOS DERECHOS HUMANOS.

* * *

[1] Catedrático de Derecho internacional público y relaciones internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid.

1. EL TRATO AL INDÍGENA: ENTRE LAS LEYES Y LA REALIDAD.

Bartolomé de las Casas denuncia, desde 1514, en escritos y memoriales de agravios los abusos contra los indígenas que se producían. En 1531 pregunta al Consejo de Indias por qué, en lugar de ovejas que conviertan a los lobos, se envían a lobos hambrientos, tiranos y crueles que despedazan y aventan a las ovejas. En 1542 pide la supresión de las encomiendas y la incorporación de los indios a la corona

[1]. Las Leyes nuevas (1542-43) suprimieron la esclavitud de los indígenas. Los escritos de De las Casas influyeron en lo gobernantes, y contribuyeron a humanizar las leyes y el modelo de establecimiento en América[2].

No hay duda del efecto devastador que el descubrimiento tuvo para los indígenas que poblaban América[3]. Pero ese descubrimiento también llevó a la cuestión del *descubrimiento del hombre*[4], en palabras de Elliot, y, por lo tanto, al reto de enfrentarse al problema fundamental de la unidad y la diversidad de la raza humana. Para Anaya la cuestión clave para la determinación de los derechos y el estatuto de los indios americanos era determinar si se trataba de seres humanos racionales[5].

Y frente a esa cuestión Vitoria, en 1532, en sus *Relecciones sobre los Indios y el derecho de la guerra*, da una respuesta afirmativa (no son amentes sino que tienen, a su modo, uso de razón). De ahí rechaza los títulos jurídicos de conquista basados en la bula de Alejandro VI. Ni el Emperador ni el Papa tenía dominio sobre todo el orbe. Esta cuestión se planteó porque, como indica García-Pelayo[6], el descubrimiento de América

---

[1] -Vid. DE LAS CASAS, B., *Brevisima relación de la destrucción de las Indias*, Ed. De A. Saint-Lu, Catedra, Letras hispánicas, 15 edición, 1982, 2007, pp. 17 ss.

[2] -CLAVERO, B., *Genocidio y justicia. La destrucción de las Indias, ayer y hoy*, Marcial Pons historia, 2002, 175 pp., p. 18.

[3] -Vid. ANAYA, J.J., *Los pueblos indígenas en el Derecho internacional*, Editorial Trotta-Universidad internacional de Andalucía, 2005, p. 23.

[4] -ELLIOT, J.H., *España y su mundo (1500-1700)*, Taurus, 2007 pp. 69 ss.

[5] -ANAYA, S.J., *Los pueblos indígenas en el Derecho internacional*, Editorial Trotta, p. 41. Por lo demás, algunos historiadores posteriores como defensa de España harán una versión renovada de la distinción entre civilizados, bárbaros y salvajes, pretendiendo legitimar la conquista en la barbarie de las culturas precolombinas, a las que les faltaría el sentido moral y el respaldo de un credo liberador, pues había creencias religiosas muy primitivas. Por ello la conquista no había truncado un horizonte sino que supuso en realidad la "dignificación del hombre americano". Vid. en este sentido. BALLESTEROS GAIBROIS, M., *Historia de América, (con prólogo de G. Marañón)*, Colegio universitario de ediciones Istmo, 1954, 1989, 697 pp, pp. 134-135

[6] -GARCIA-PELAYO, M., "Introducción. Juan Ginés de Sepúlveda y los problemas jurídicos de la conquista de América", *Ginés de Sepúlveda. Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*, Fondo de Cultura económica, México, 1941, reimpr. 1996, p. 4.

rebasaba el derecho positivo tradicional, por lo que se acude a nuevas nociones basadas en el *Ius gentium*, que divide territorios, como el derecho de libre circulación y comercio.

Vitoria fundamenta el dominio español sobre América en que "no son aptos para formar o administrar una república legítima en las formas humanas y civiles (…) esto explica que algunos afirmen que para utilidad de ellos pueden los príncipes de España asumir la administración de aquéllos bárbaros, y designar prefectos y gobernadores para sus ciudades, y aun darles nuevos señores si constara que esto era conveniente para ellos". Esta fundamentación es precursora de la *teoría de la tutela* posteriormente asumida y puesta en práctica en el siglo XIX, como señala Anaya[7]. Pero no cabe duda de que la tutela que se estableció por el Imperio español lo fue sobre bases humanistas, en nada equiparable a la posterior distinción entre civilizados, bárbaros y salvajes, que se apoyaba implícitamente en las teorías evolucionistas de Darwin y que en muchas de sus manifestaciones era xenófoba.

Como indica Elliot desde el momento en que Colón señala que no había encontrado "ombres mostrudos", en carta a Luis Santangel de 1493, se percibe una predisposición a favor de la humanidad de las gentes de las Indias; esta predisposición adquiere certeza cuando la bula de Pablo III de 1537 los describe como "hombres verdaderos", capaces y deseosos de recibir la fe católica. Como indica Elliot hay una *victoria decisiva del partido de la humanidad*, apoyada en la escolástica española (Vitoria, pero también Durán, las Casas, Sahagún o Acosta) y aceptada por la Corona. A tal efecto se hizo una reconstrucción histórica de las civilizaciones indígenas desaparecidas, lo que vino a atribuirles un alto grado de racionalidad y a explicar su proceso de degeneración, en tanto que descendientes de Adán, por obra del diablo que acechaba, tanto en Europa como en América, como indica Elliot.

A estos efectos fue relevante la *controversia de Valladolid*, es decir al debate sobre la conquista española de América que había ordenado Carlos V, en 1550 y 1551. Se convocó a sugerencia del Consejo de Indias -de 3 de julio de 1549 para "tratar y platicar sobre la manera cómo se hicieron estas conquistas, para que justamente y conseguridad de conciencia se hicieren".

[7] -ANAYA, S.J., *Los pueblos indígenas en el Derecho internacional*, Editorial Trotta, Madrid, p. 43.

Los debates se realizaron en el Colegio San Gregorio de Valladolid[8] entre Sepúlveda y B. De las Casas con objeto, indica Dumont, de poner frente a la pared los destructores argumentos De las Casas sobre la conquista en relación con el sometimiento de los indios. La controversia no zanjó el debate, pero en los años siguientes se adoptaron diversas medidas legislativas, con Felipe II, para limitar las críticas a la conquista, prohibiendo incluso la utilización del término y permitiendo la explotación del indígena para las minas de Potosí y Huancavelica, para lo que se volvió a poner en vigor la Mita, institución de trabajo forzado que venía de los Incas[9].

El papel histórico de España en la protección de los derechos humanos ha hecho correr ríos de tinta, tanto en contra como a favor. Bartolomé de las Casas dice en su testamento "creo que por estas impías y celerosas e ignominiosas obras, tan injustas, tiránicas y barbáricamente hechas en ellos y contra ellos, Dios ha de derramar sobre España su furor e ira"[10]. Esta y otras expresiones sirvieron para edificar una *leyenda negra*, fomentada por los anglosajones, y los protestantes, frente a la España Católica, que también tuvo sus defensores desde muy pronto, en autores como Vargas Machuca, Saavedra Fajardo, Menéndez Pelayo o Menéndez Pidal[11].

2. LA CUESTIÓN DE LA ESCLAVITUD.

Hay páginas olvidadas de la historia que evidencian que, en ocasiones, los pueblos prefieren afrontar el pasado con el olvido. Es el caso de la esclavitud[12], donde España ha perdido la memoria. La misma desmemoria se ha vivido con las minorías o los vencidos de la guerra civil, o más recientemente con las víctimas del terrorismo, cuyo recuerdo

[8] -Vid. DUMONT, J., *El amanecer de los derechos del hombre. La controversia de Valadolid*, Ediciones Encuentro, Madrid, 1995, 2009, 334 pp; MANERO SALVADOR, A., "La controversia de Valladolid: España y la legitimidad de la conquista de América", *Revista electrónica Iberoamericana*, vol. 3, nº 2, 2009, pp. 81-110.
[9] -VALDEON, J., PEREZ, J., JULIA, S., *Historia de España*, Editorial Austral, Madrid, 2006, 2011, p. 272.
[10] -DE LAS CASAS, B., *Brevísima relación de la destrucción de Indias*, Ed. De A. Saint-Lu, Catedra, Letras hispánicas, 15 edición, 1982, 2007, p. 25 nota 30.
[11] -VARGAS MACHUCA, *Apologías y discursos de las conquistas occidentales, 1559*; SAAVEDRA FAJARDO, *Empresas políticas*, 1640; MENENDEZ PELAYO, *Estudios de crítica literaria*, 1640; MENENDEZ PIDAL, *El padre Las Casas. Su doble personalidad*, 1963.
[12] -PIQUERAS, J.A, *La esclavitud de las Españas. Un lazo transatlántico*, 2011, 261 pp. p. 16 ss.

debe permanecer pues, como decía Paul Elouard, rememorando el Holocausto, *si el eco de sus voces se debilita pereceremos*.

La memoria es selectiva, y tendemos a olvidar lo malo y a recordar lo bueno, como es lógico. Si esto ocurre en el plano individual también sucede en la historia de las naciones. Esta visión del pasado puede ser objeto de manipulación. Rememorar el pasado puede tener sentido si ese rescate histórico sirve para objetivar el papel histórico de España que, como todos, tiene sus luces y sus sombras. En todo caso no va a tener más luces por falta de conocimiento histórico.

Realmente en España la protección de los derechos humanos no se inicia hasta el constitucionalismo. Aunque en 1812 no hubo una declaración de derechos humanos, había frecuentes referencias a los mismos en diversas disposiciones, aunque siguiese siendo un Estado confesional, por un lado, y no se hubiese abolida la esclavitud, por el otro. En todo caso, fue muy relevante que el art. 303 indicase que "no se usará nunca del tormento ni de los apremios". Si bien ya había entrado en desuso desde fines del siglo XVIII, antes de su prohibición, fue muy relevante porque eso venía a cambiar los fundamentos de un sistema procesal-penal del que formaba parte la tortura como una pieza básica y sustancial, como dijera Tomás y Valiente[13].

No *hubo humanidad para el negro africano*. Como señala Petré-Grenouilleau[14] combatir la trata era reconocer la humanidad del negro, considerado como un hombre. En esto no estuvieron a la altura ni los Estados modernos ni la Iglesia católica, que contribuyó a legitimar la trata por sus intereses en el sistema colonial. Salvo algunas voces opuestas en el siglo XVIII, o la bula de 1639 (amenaza de excomunión a los católicos que se dediquen al tráfico) hay que esperar a la Carta de Pio VII (1814) al Rey de Francia y, fundamentalmente a la Encíclica de León XIII (1888), en que la Iglesia se compromete en la cruzada antiesclavista en Africa[15].

La conquista de Indias llevó primero a esclavizar al indígena pero desde 1513 la Corona da licencias para el tráfico de negros, cuya trata se hacía a través de los puertos

[13] -Ya había sido abolida por la Constitución de Bayona. Ello no obstante al volver Fernado VII el art. 303 y el decreto de abril de 1811 fueron derogados por decreto de 4 de mayo de 1814 que, sin embargo, fueron sustituidos por Real Cédula de 25 de julio del mismo año, en la que se mandaba a los jueces que no empleasen tormentos ni apremios contra reos o testigos. Vid sobre esto TOMAS Y VALIENTE, F., *La tortura en España*, Editorial Ariel, Barcelona, 1973, 1994, p. 138.
[14] -PETRE-GRENOUILLEAU, O., *Les traités negrieres. Essai h´historie globale*, Gallimard, 2004, p. 258.
[15] -PETRE-GRENOUILLEAU, O., *Les traités engrieres. Essai d´histoire globale*, Gallimard, 2004, pp. 262 ss.

de Cartagena de Indias, Veracruz y Santo Domingo. Se inicia así la primera globalización auspiciada por el capital mercantil que abarca Europa, América y Africa[16]. Es uno de los capítulos más olvidados de nuestra historia, a pesar de haber buenas investigaciones sobre el tema, como la tesis doctoral de G. Scelle, de 1906[17]. Hubo diferentes etapas en la trata. Hasta 1513 y desde 1789 hubo comercio libre. Entre 1513 y 1595 se dieron licencias (autorización real en el que la Corona recibía un almojarifazgo o derechos de alcabala –tasa proporcional al valor de transacción- y de marca –sello grabado a fuego sobre la piel para confirmar que su introducción y propiedad era legal). El resto del tiempo hubo asientos o monopolio de la trata por periodos de tiempo, con los que se proveía financiación a la Corona, y se autorizaba la introducción de determinado número de esclavos traídos de Cabo Verde.

Hubo asientos con Portugal, a partir de 1595. En 1701 se celebra un *Tratado de Alianza entre España y Portugal* completado el 18 de junio de 1701 por una *transacción sobre las dependencias e intereses de la compañía del asiento de negros en la América española*. En ésta se extinguía el asiento por un Tratado internacional –lo que ocurría por ver primera vez- y se explicitaba que España habían infligido humillaciones a la compañía Real de Guinea, portuguesa. Como indica Fdez-Durán el tratado lo negocia en nombre de España el Embajador francés en Lisboa, lo que también era extraño. En todo caso en 1701 se hace el Asiento con la compañía real de Guinea, de Francia. No se trataba de un tratado sino de un contrato ante notario entre la Administración española y una compañía extranjera con sede en París[18]. Inglaterra, finalmente, se apodera de la trata en el *Tratado de Utrecht* de 1713, hasta la guerra de 1739, legalmente hasta 1750.

Desde 1650 los asentitas también podían proveerse de esclavos en Jamaica y Curaçao y desembarcar también en Veracruz, Portobelo y la Habana. En 1685 el Consejo de Indias informa a Carlos II, a pregunta del Rey, de la necesidad de continuar con la trata, e indica: "el llevar negros a América no es conveniente sino necesario por la falta que hay de indios en lo principal de la América (….) y siendo este genero de gentes nacida como dicen muchos para servir no se ha de discurrir por las estrechas disposiciones del derecho de gentes (…) Además –indicaba el dictamen- las religiones tienen copioso

[16] -PIQUERAS, J.A., *La esclavitud en las Españas. Un lazo transatlántico*, Editorial Catarata, 2011, p. 65 y 75.
[17] -SCELLE, G., *La traite negrière aux Indes de Castille*, 1906.
[18] -FERNANDEZ DURAN, R., *La corona española y el tráfico de negros. Del monopolio al libre comercio*, Editorial del economista, Madrid, 2011, 404 pp, p. 46.

numero de ellos en sus haciendas, sin que en esto hayan puesto escrúpulos (…) Su Santidad no ha mostrado repugnancia"[19].

A fines del siglo XVIII la Corona compra Fernando Po al Reino de Portugal para facilitar la instalación de factorías negreras. En época de Carlos III y Carlos IV se busca incrementar la trata, reduciendo la dependencia de otros países. Curiosamente en esa época empezaban las críticas al sistema esclavista[20]. Dinamarca, en 1792, es el primer Estado del mundo en abolir la trata, con un periodo transitorio de diez años. En Inglaterra el debate se había iniciado en 1673 con el cuáquero Richard Baxter que denunció a los cazadores de esclavos como enemigos de la humanidad. En todas las colonias americanas, salvo en Georgia, estaba prohibida la trata a fines del XVIII. España va a contracorriente en esto y es en aquella época cuando compra a Portugal Fernando Po, para facilitar la instalación de factorías negreras.

Con la prohibición internacional de la trata, fundamentalmente desde el Congreso de Viena, España va contracorriente y es en el siglo XIX donde tiene un mayor papel. El abolicionismo fracasa en España hasta bien entrado el siglo XIX. El primer alegato intelectual a favor de la abolición lo pronuncia, en 1802, Isidoro Antillón, cuando en la Academia matritense de derecho español pronuncia un discurso sobre el origen de la esclavitud de los negros[21].

Ya la *Real cédula de 30 de mayo de 1789* contenía disposiciones sobre la educación, el trato y la ocupación de los esclavos. Así, mandaba, entre otras cosas, instruir a los esclavos en la religión cristiana, alimentarlos y vestirlos, darles trabajo de acuerdo a sus edades, fuerza y robustez, darles días de fiesta, habitaciones distinas según los sexos, no siendo casados, alimentar a viejos y enfermos. También se establecía que la obligación del esclavo era obedecer y respetar a su dueño y mayordomo, desempeñar las tareas y trabajos que se les señalasen, permitiendo el castigo correccional con prisión, grillete, cadena, maza o cepo, o con azotes, que no pasen de venticinco, y con instrumento suave"[22].

[19] -FERNANDEZ DURAN, R., *La corona española y el tráfico de negros. Del monopolio al libre comercio*, Editorial del economista, Madrid, 2011, 404 pp.
[20] -Sobre el proceso abolicionista PETRE-GRENOUILLEAU, O., *Les traités engrieres. Essai d´histoire global*, Gallimard, 2004, pp. 264 ss.
[21] -PIQUERAS, cit., pp. 221.
[22] -Vid. ARMAS Y CESPEDES, F.de., *De la esclavitud en Cuba*, Madird, 1866, 478 pp., pp. 159-162.

En la Constitución de Cádiz de 1812 no se suprime la trata, a pesar de que se debatió a propuesta de Guridi, Alcocer o Argüelles. El primer proyecto de *acuerdo internacional sobre tal cuestión lo firma Fernando VII con Inglaterra, el 23 de septiembre de 1817*, en el que se establecía que cesaría el comercio de esclavos en 1820, y se autorizaba el derecho de registro en alta mar de buques sospechosos. Pero consultado el Consejo de Indias, éste indicó: "(…) cerradas las costas de Africa a todas las naciones europeas las provincias de América que se encuentran en la triste necesidad de cultivar sus tierras con esclavos no tienen medio alguno para suplir la falta de los que mueran o se ahorquen (sic) (…) sin mujeres con quienes casarse pasarán su amarga vida en violento e insoportable celibato, privados para siempre de las dulzuras y consuelos que el matrimonio facilita a todos los hombres, y más particularmente a los desgraciados"[23].

En España se promulgaron leyes ineficaces en 1835 y 1845 hasta su proscripción por ley de 23 de junio de 1870. Esta tardanza en la supresión se debía a los intereses fundamentalmente en Cuba. Por ello en 1866 autores como Armas y Cespedes, que parecían contrarios a la esclavitud se oponían a su supresión, pues veían el mejor medio en la decisión libre del propietario. Así este autor dedica buena parte de su libro a poner de relieve los problemas de la emancipación instantánea (que sería cortar el nudo, no desatarlo, con perjuicio de los intereses morales y materiales en la transición, decía)[24], el establecimiento de un día para la libertad, la determinación de que todos los nacidos a partir de un día fuesen libres, o la concesión de libertad a las mujeres que naciesen libres a partir de un día. En definitiva, España fue el país occidental que más tarde prohibió la trata y la esclavitud, a pesar de que el movimiento abolicionista había fructificado en Tratados internacionales años antes.

3. LAS CONCEPCIONES UNIVERSALISTAS Y LOS DERECHOS HUMANOS.

El Imperio español fue un buen momento para construir, contra todo pronóstico, algunas nociones en que se apoya la construcción internacional de los derechos humanos.

[23] -PIQUERAS, op.cit., p. 226.
[24] -ARMAS Y CESPEDES, F. de., *De la esclavitud en Cuba*, Madrid, 1866, en especial capítulo XXX (De los medios de reforma inaceptables), pp., 371 ss.

Aportaciones intelectuales relevantes desde la perspectiva de los títulos y de los derechos humanos son el reflejo de la problemática que se plantea con la conquista de América, en que se elaboran las *concepciones universalistas de la Escuela española del Derecho de Gentes*. En su conjunto contribuyeron a justificar la conquista de América. Pero Francisco de Vitoria o Suárez son considerados como fundadores del Derecho internacional moderno como consecuencia de las respuestas que dieron a los problemas jurídicos planteados, importantes para los derechos humanos[25].

El universalismo de los juristas españoles responde a una preocupación práctica que permite ampliar la Comunidad internacional a comunidades no cristianas, superando el pensamiento medieval, en el nuevo escenario de los siglo XVI y XVII[26]. La doctrina española contribuyó a sentar las bases teóricas de la universalización y de un orden internacional secular, desde un iusnaturalismo racionalista y desde los derechos naturales[27]. La nueva época mantenía la dualidad derecho natural-derecho positivo, pero ambos encontraban su fundamento en el derecho natural, y éste en la razón natural – naturaleza social del hombre que, como ser social, tiende naturalmente a vivir en comunidad[28].

Aparece la idea de una *Humanidad no cristiana* y de un orden que encuentra su fundamento en la razón natural[29]; la nueva fundamentación, la idea de *orbe* y de un derecho de gentes natural y positivo de alcance universal lleva al *reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de las comunidades políticas no cristianas y a su igualdad jurídica*[30].

---

[25] -Vid., por ejemplo: BEDJAOUI, M., "La contribution de l´Espagne au faire et au dire du Droit International", Jornadas *sobre el cincuenta aniversario de las Naciones Unidas*, VVAA, Colección Escuela diplomática nº 2, pp. 63-78., pp. 64-65.

[26] -Vid. DEL ARENAL, C., "La visión de la sociedad mundial en la Escuela de Salamanca", *La Escuela de Salamanca y el Derecho internacional en América. Del pasado al futuro*, Edición preparada por A. Mangas Martín, Salamanca, 1993, pp. 27-48. PALAMIDESSI, A., *Alle origini del diritto internazionale. Il contributo de Vitoria e Suarez alla moderna doctrina internazionalistica*, Roma, 2010. GETINO, A., *El maestro Fray Francisco de Vitoria. Su vida, su doctrina e influencia*, Madrid, 1930. BELTRAN DE HEREDIA, V., *Francisco de Vitoria*, Barcelona, 1939, Labor, Barcelona, 1939.

[27] -Vid. TRUYOL SERRA, A., *La Sociedad internacional*, Alianza Universidad, Madrid, 1991, pp. 30-35;, en especial pp. 163-174.

[28] -Vid. TERRE, F., SEVE, R., "Droit", *Archives de philosophie du droit*, t. 35, Vocabulaire fundamental du Droit, 1990, pp. 43-57.

[29] -PECES-BARBA, G., *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Editorial Mequita, Madrid, 1981, p. 137. PECES-BARBA, G., FERNANDEZ, E., (coords), *Historia de los derechos fundamentales, tomo 1. Tránsito a la modernidad. Siglos XVI-XVII*, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas UCIIIM, Dykinson, Madrid, 1998

[30] -Vid. sobre esto TRUYOL, A., "El derecho de gentes como orden universal", *La Escuela de Salamanca y el Derecho internacional en América. Del pasado al futuro*, edición preparada por A. Mangas Martín, Salamanca, 1993, pp. 17-25, p. 24

Se produce la sustitución de la cristiandad por el *género humano*, en una nueva concepción de la Comunidad internacional con independencia de la religión de sus miembros. Así, es destacable la noción de *Comunidad internacional* en Suárez, como:

"género humano, aunque dividido en varios pueblos y reinos, pero con una unidad no sólo específica, sino cuasipolítica y moral, que indica el precepto natural del mutuo amor y la misericordia que se extiende a todos, aún a extraños y de cualquier nación. Por lo cual, aunque cada ciudad perfecta, república o reino, sea en sí comunidad perfecta y compuesta de sus miembros, no obstante cualquiera de ellas es también miembro de algún modo de este universo en cuanto pertenece al género humano; pues nunca, en efecto, aquellas comunidades son aisladamente de tal modo suficientes para sí que no necesiten de alguna mutua ayuda y sociedad y comunicación (…) por esta razón necesitan de algún derecho por el cual sean dirigidas y ordenadas rectamente en este género de comunicación y sociedad"[31].

Un derecho mundial presuponía la convicción en la *unidad del género humano*, idea que enraizaba con el estoicismo de Cicerón (el mundo como ciudad común), con Séneca y que se reforzó con el cristianismo. La concepción universal, como indicaba Verdross[32], fue resucitada gracias a los grandes teólogos católicos españoles que sustituyeron la cristiandad unidad por el género humano. En esta nueva filosofía la voluntad suprema reside, a juicio de Verdross, en la Comunidad, que se crea por el consentimiento de sus miembros. Pero ese consentimiento, en tanto que hecho puro no podría ser el fundamento supremo del Derecho internacional, que se debe encontrar en una norma, el *pacta sunt servanda*, regla de derecho natural, en opinión de Suárez o Grocio. El derecho natural constituía a su vez una parte de la moral universal, de tal modo que el fundamento del derecho de gentes positivo residía en esa moral. El Derecho internacional no estaba plenamente autonomizado de la moral.

Esa concepción del derecho natural se mantendrá en la doctrina internacionalista, que se fue secularizando progresivamente. Así, la idea de Vitoria de un *Orbis* que se extiende al conjunto del género humano con independencia de la religión era una concepción puramente humana del derecho de gentes que, como indica Boegner[33],

[31] -DE Legibus, lib II, cap. 19, 9. La traducción está tomada de A. TRUYOL, *Historia del Derecho internacional público*, cit., p. 62.
[32] -VERDROSS, A., "Le fondement du Droit International," *RCADI*, 1927-I, t. 16, p. 253.
[33] -BOEGNER, M., "L´influence de la Réforme sur le développement du Droit International", *RCADI*, 1925-I, p. 303.

preparó la vía a los denominados laicizadores del Derecho internacional. El pensamiento de Francisco de Vitoria, aunque no hubiese aparecido entonces la noción de derechos humanos, contribuyó a su fundamentación filosófica, por la teoría del poder y su concepción del bien común[34].

Se trataba de una *concepción policéntrica*[35] *y universalista* necesaria para un Derecho internacional en expansión a nuevos mundos. Algunos autores, indica Koskeniemi, consideran que Vitoria y sus sucesores habían iniciado la *misión civilizadora de Europa, impuesta por sucesivos imperios europeos*[36], opinión que no compartimos pues unas y otras doctrinas difieren. Estas opiniones contribuyen a traer de nuevo al debate académico polémicas que renuevan los prejuicios a favor o en contra de la escolástica española, y de autores como Bartolomé de las Casas (1484-1566), Francisco de Vitoria (1483-1546), Francisco Suárez (1548-1617), Domingo de Soto (1494-1560) o Baltasar Ayala (1548-1584), entre otros también de gran importancia como Vazquez de Menchaca o Covarrubias. Autores como Hanke, Nys, Brown Scott o Truyol Serra[37] han

[34] -Vid. CARRILLO SALCEDO, J.A., "Aportación de Francisco de Vitoria a los fundamentos filosóficos de los derechos humanos", *La Escuela de Salamanca y el Derecho internacional en América. Del pasado al futuro*, Edición preparada por A. Mangas Martín, Salamanca, 1993, pp. 49-54.

[35] -LACHS, M., *Le monde de la pensée en Droit International*, p. 49; asimismo KOECK, H.F., VERDROSS, A., "Natural law: the tradition of universal reason and authority", *The estructure and process of International law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, pp. 17-49; PANIAGUA REDONDO, R., "Aproximación conceptual al Derecho internacional público", *Anuario de Derecho internacional*, XIV, 1998, pp. 321 ss. Sobre la cuestión del fundamento del DI: BRIERLY, J.L., "Le fondement du caracterère obligatoire du Droit International", *RCADI*, 1928-III, t. 23, pp. 467-549; FITZMAURICE, G., "The futur of public International law and the International legal system in the circumstances of today", *IDI*, 1973, pp. 196 ss; CARRILLO SALCEDO, J.A., "El fundamento del derecho internacional: algunas reflexiones sobre un problema clásico", *REDI*, vol. L., 1998, 1, pp. 13-31; VARGAS CARREÑO "¿Dónde encontrar el fundamento de la obligatoriedad del Derecho internacional?", *El Derecho internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum E. Jiménez de Arechaga*, 1994, vol. I, Fundación cultura universitaria, Montevideo, pp. 99-114; JIMENEZ PIERNAS, C., "El papel de la noción de consenso en la fundamentación y el concepto de Derecho internacional público", *O direitto International no terceiro milênio. Estudos em homenagem ao professor Vicente Marotta Range*l, Editora Ltr Sao Paulo, 1998, pp. 103 ss

[36] KOSKENNIEMI, M., "Colonization of the Indies. The origins of International law?", *La idea de América en el pensamiento iusinternacionalista del siglo XXI*, VVAA, Colección Actas Derecho, Institución Fernando el Católico, Diputación de Zaragoza, 2010, pp 43 ss.

[37] BROWN SCOTT, J., *The catholic conception of International law. Francisco de Vitoria&Francisco Suárez*, Carnegie Endowment for peace, Washington, 1934; CHRISTOPHER, R., *Broken chain of being: James Brown Scott and the origin of modern International law*, Kluwer, The Hague, 1998; HANKE, L., *The spanish struggle for justice in the conquist of America*, Dallas, Southern Methodist University Press, 1949/2002, 175 (traducido por Rodríguez Aranda, y publicado en 1967, en español). Más recientemente ZAPATERO, P., "Legal imagination in Vitoria. The power of ideas", 11, *Journal of history of International law*, 2009, pp. 221-271; CAVALLAR, G., "Vitoria, Grotius, Pufendorf, Wolff and Vattel". Accompliances of European colonialism and exploitation or trae cosmopolitanism?", 10, *Journal of history of International law*, 2008, pp. 181-209

realizado juicios muy favorables mientras que otros[38], sin embargo, no ven traza de universalismo, humanismo o compasión por el drama indiano.

Estas concepciones mantuvieron sus rasgos hasta el siglo XIX, donde toman auge concepciones eurocéntricas con autores como Wheaton, que negaron la universalidad de la sociedad internacional, no admitiendo la humanidad de otros pueblos (*principio de no universalidad del Derecho internacional*) sobre la base del carácter cristiano del orden. Por ello las naciones no cristianas debían ser tratadas según los principios de la moralidad cristiana, pero no del Derecho internacional, lo que abrió el paso a la *distinción entre países civilizados (Estados de Europa y América), bárbaros (Turquía, Persia, China, Japón, Siam), y salvajes (el resto, que tenían un reconocimiento humano").* Esta distinción sirvió para colonizar el resto del mundo que no lo había sido hasta ese momento.

[38] -En esta línea MECHOULAN, H., *Le sang de l´autre ou l´honneur de Dieu. Indiens, juifs et moriques au siècle d´or*, Fayard, París, 1979; ANGHIE, A., *Imperialism, sovereignty and the making of International law*, Cambridge University Press, 2004, pp. 13 ss; WILLIAMS, R.A., *The American indian in western legal thought. The discours of conquest*, Oxford, New York, 1990, pp. 96 ss.

Revista Electrónica Iberoamericana ISSN: 1988 - 0618
http://www.urjc.es/ceib/ Vol. 13, Edición Especial, 2019

LOS DERECHOS POLÍTICOS EN LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ. ESPECIAL REFERENCIA AL VOTO FEMENINO. DE LA LUCHA SUFRAGISTA FEMENINA A LA IGUALDAD EN LA REPRESENTACION PARLAMENTARIA

FEMALE VOTE. FROM THE FEMINIST SUFFRAGE STRUGGLE TO EQUALITY IN PARLIAMENTARY REPRESENTATION

Ana Bettina Casadei[1]

Abogada especialista, Argentina

RESUMEN

El derecho a participar en elecciones populares, para elegir representantes políticos está contemplado en la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", Bogotá, 1948.

Asimismo, nada expresa el Documento sobre la exclusión de la mujer en procesos electivos, utilizándose el vocablo genérico de "Persona". No obstante el ordenamiento jurídico de todos los Estados americanos, culminó el reconocimiento y la incorporación del sufragio femenino recién en 1961, cuando la República del Paraguay hizo lo propio.

Por otra parte, desde el inicio del reclamo de las pioneras anarquistas sufragistas, hasta la actualidad donde se debate directamente la paridad representativa en amplios sectores de la actividad pública, y especificamente en el ámbito legislativo, ha transcurrido un largo camino donde la República Argentina ha desempeñado un rol de vanguardia en la llamada "Ley de Cupo Femenino".

PALABRAS CLAVE: Sufragio, Mujer, Paridad Legislativa, Cupo femenino, Voto calificado.

[1] Abogada especialista en Información Jurídica y Técnica Legislativa. Docente de las asignaturas "Legislación local" y "Técnica Legislativa", en Diplomatura en Gestión Legislativa, ICAP. Desempeña funciones en la Dirección de Información Parlamentaria de la H. Cámara de Diputados de la Nación Argentina.

ABSTRACT

The right to take part in popular elections, to vote for political representatives is acknowledged in the "American Declaration of the Rights and Duties of Man", Bogotá, 1948.

Even so, this Declaration states nothing on the exclusion of women from the election processes, as it only uses the generic word “person”.

However it was not before 1961, the year when the Republic of Paraguay so did, that the acknowledgement and inclusion of women vote in every legal system of the (American) continent finally concluded

On the other hand, we have come a long way from the first claims made by the pioneer anarchist suffragists to the present days, when equality of representation in wide areas of public activity, particularly the legislative field, is being debated; a debate in which the Argentine Republic has taken the lead through the so called “women quota act”.

KEY WORDS: suffrage, legislative equality, women quota, qualified vote

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. EL COMIENZO DE UN LARGO CAMINO: ANARQUISTAS Y RADICALES. II. EL PARTIDO SOCIALISTA Y LA DEFENSA DE LA UNIVERSALIDAD DEL SUFRAGIO. III. VICTORIA SUFRAGISTA FEMENINA. IV. CUPO FEMENINO. V. PARIDAD DE GÉNERO EN AMBITOS DE REPRESENTACIÓN POLÍTICA. V1. PARIDAD EN MUNICIPIOS. V2. PARIDAD HORIZONTAL Y VERTICAL. VI. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

* * *

INTRODUCCIÓN

Celebrando los setenta años de la “Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre”, es necesario resaltar su importancia histórica y proyección actual.

Pues bien, se sigue reconociendo como un instrumento pionero, pues constituyó el primer catálogo internacional contemporáneo de derechos humanos, llamada también “Carta magna del sistema interamericano”.

Fue aprobada el 30/4/1948, por resolución de la IX Conferencia Internacional Americana.

Contexto histórico en que surge y su relación con la consagración de derechos políticos:

En la época de creación de la Declaración de Bogotá, no todos los Estados americanos tenían consagrado el sufragio *universal, obligatorio y secreto*. Por ejemplo, en El Salvador no existía el sufragio con tales características; en Argentina, sin embargo, la legislación sobre derechos políticos estaba mucho más adelantada, en tanto y en cuanto ya regía el sufragio femenino (desde siete meses antes de la Declaración); no obstante significó un baluarte pues vino a afianzar y conservar para la posteridad un derecho que costó mucho conseguir, como veremos a continuación.

I. EL COMIENZO DE UN LARGO CAMINO: ANARQUISTAS Y RADICALES

"***He dicho a mi país todo mi pensamiento, mis convicciones y mis esperanzas. Quiera mi país escuchar la palabra y el consejo de su primer mandatario. Quiera votar***"

(Roque Saénz Peña, presidente de la Nación Argentina, discurso pronunciado con motivo de la sanción de la ley 8871 "Régimen Electoral" y la realización de los primeros comicios donde se instauró el sufragio universal, obligatorio y secreto, año 1912).

"***La mujer debe luchar para conseguir la realización de sus derechos***"

(Julieta Lanteri, fundadora del Partido Feminista, candidata a legisladora, organizadora de congresos referidos a mujeres, apoyó huelgas, desafió al régimen conservador de la época, fue la sexta médica graduada de Argentina).

"***En el Parlamento una banca me espera. Llevadme a ella***"

(Propaganda política en la campaña legislativa de Julieta Lanteri).

Mientras tanto, pese a los postulados de la nueva norma electoral, la ley 8871 "Saénz Peña", el universalismo resultó parcial, en todo el significado literal que pueda tener, ya que solamente votaron los hombres, claro está con la sola condición de ser mayores de edad.

Esa injusta disparidad se mantuvo en las sucesivas elecciones hasta la sanción de la ley 13010 (treinta y cinco años después), que consagró la plena igualdad comicial, la del "Sufragio femenino".

Pues bien, la desigualdad generada entre hombres y mujeres en materia de derechos civiles, políticos y sociales ha tenido a lo largo de la historia argentina, diferente desenlace.

Desde el punto de vista social, dos de las transformaciones más sustantivas en la normativa jurídica argentina aprobadas en la primera década del siglo XX, se debieron a la movilización femenina: la sanción de la legislación protectora del trabajo femenino y de menores en 1907, llevada a cabo por la lucha de mujeres profesionales militantes anarquistas, lo mismo sucedió con la aprobación de los derechos civiles de las mujeres en 1926.

No aconteció lo mismo con los derechos políticos, debido tal vez a que el feminismo anterior al peronismo nunca constituyó un movimiento de masas. Sin embargo, pese a que el sufragismo osciló entre períodos de efervecencia y otros de retracción, mantuvo viva la cuestión del sufragio femenino en el debate público y en ocasiones captó la atención del Poder Legislativo.

Resulta evidente entonces, que las luchas de las mujeres por sus derechos cívicos entre fines de 1910 y mediados de 1940, constituyen un hito insoslayable en el proceso de ampliación de la ciudadanía política del país.

Por otra parte, desde 1916 cuando accedió al poder la Unión Cívica Radical (UCR), con la aplicación de la nueva ley electoral, el fervor de los correligionarios[1] a favor del sufragio femenino hasta 1930, obedecía a una serie de razones. La primera de ellas se basaba en consideraciones de estrategia política. Es decir, los radicales evidenciaban preocupación por ampliar el caudal político; urgencia basada en la necesidad de superar la profunda polarización social causada por disputas laborales con posterioridad a la Primera Guerra Mundial.

Resulta interesante conocer que el primer proyecto de ley[2] propiciando el sufragio femenino, fuese presentado hacia mediados de 1919, coincidiendo con la llamada

[1] Denominación mutua entre militantes de la Unión Cívica Radical.
[2] Se debió a la movilización y el cabildeo llevados a cabo por la Asociación Pro Derechos de la Mujer.

"Semana trágica"[3] y que su autor fuese el diputado nacional de la UCR, Rogelio Araya, quien además no dejó dudas sobre la conexión entre protesta obrera y ampliación de la ciudadanía.

Asimismo, los proyectos de sufragio femenino del radicalismo evidencian que algunos de sus miembros aún confiaban en la eficacia del sistema político electoral para transformar a los trabajadores en ciudadanos, es decir, como método para encarrilar todos los sinsabores y amarguras que experimentaban..

El clima internacional también resultó propicio a la reconsideración de los derechos femeninos. Los cambios en el estatus jurídico de las mujeres ocurrido en diversos países occidentales tras la Primera Guerra Mundial, no podían ser ignorados por la elite política argentina.

En el derecho comparado, la aprobación del sufragio femenino en Inglaterra y Estados Unidos y los debates que se estaban dando en España, Italia y Francia, asi como en países latinoamericanos como México y Uruguay fueron referencias obligadas en la justificaciòn de los proyectos.

II. EL PARTIDO SOCIALISTA Y LA UNIVERSALIDAD DEL SUFRAGIO.

*"**El voto femenino implica mayores responsabilidades civicas. Las mujeres no podrán desentenderse y decir yo no voté, yo no se nada, el país se va a la ruina y no tengo nada que ver***".

(Alicia Moreau de Justo, hija de exiliados franceses, nació en 1885 en Londres, radicándose desde pequeña en Buenos Aires, donde obtuvo el diploma de médica. Fue una de las más fervientes defensoras de los derechos de la mujer, presidió la Conferencia por la Paz de América y fundó la Unión Feminista Nacional. También dirigió la Confederación Socialista Argentina, la Fundación Juan B. Justo y la Asociación Pro sufragio femenino. Falleció a los 101 años.)

La defensa de igualdad de los derechos políticos entre hombres y mujeres figuraba en el programa del Partido Socialista desde su fundación. Así lo indicó el senador por la

[3] Represión del gobierno a trabajadores de los talleres "Vasena", con la lamentable consecuencia de cientos de heridos y fallecidos, durante la semana del 7 al 14 de enero de 1919.

Capital Federal Mario Bravo en sus fundamentos del primer proyecto de ley sobre voto femenino presentado por el socialismo ante el Parlamento Nacional, en 1929.

De acuerdo con la tradición socialdemócrata europea, el socialismo argentino sostuvo desde fines del siglo XIX la completa igualdad jurídica en materia de derechos políticos. Su férrea defensa de la universalidad del sufragio lo distinguiría de la postura ambivalente del Partido Radical y lo enfrentaría al conservadurismo del Partido Demócrata Nacional.

En nombre de este principio igualitario, el Partido Socialista se convirtió en el principal promotor de la causa del voto femenino desde fines de la década del veinte y durante el período de la república oligárquica. Además, basaba su defensa del sufragio femenino, en la equiparación intelectual, de capacidades y potencialidades de ambos sexos.

Asimismo, esta lucha se inscribía en una retórica fuertemente anticlerical, lo cual diferenciaba al socialismo de las posturas de algunos legisladores radicales. Es decir, sus críticas más implacables se lanzaban a la doctrina cristiana y a la Iglesia Católica, a las cuales responsabilizaban por la subordinación jurídica y cultural de las mujeres.

En 1932, el Partido Socialista presentó un proyecto sobre sufragio femenino que fue debatido y aprobado en la Cámara de Diputados en septiembre de ese año. Asimismo y con enfasis se opusieron a la posición mayoritariamente democráta en la comisión parlamentaria que postulaba el voto voluntario de las mujeres alfabetas.

Como se ha expresado con anterioridad, el proyecto de ley obtuvo sanción en la Cámara de Diputados, pero no logró el mismo resultado en Senado.

Los socialistas presuponían que el ejercicio de los derechos cívicos de las mujeres terminaría por ejercer una influencia positiva en aquellos hogares cuyo jefe de familia era un extranjero.

III. VICTORIA SUFRAGISTA FEMENINA.

"Recibo en este instante, de manos del gobierno de la Nación, la ley que consagra nuestros derechos cívicos. Y la recibo ante vosotras, con la certeza de que lo hago en nombre y representación de todas las mujeres argentinas, sintiendo

jubilosamente, que me tiemblan las manos al contacto del laurel que proclama la victoria".

(María Eva Duarte de Perón[4], discurso en Plaza de Mayo el 23 de septiembre de 1947.)

"Uno, dos y tres!

Que se apruebe de una vez!"

(Cánticos con fervor de la militancia peronista, movilizada por la campaña en favor del sufragio femenino).

El 9 de septiembre de 1947, la H. Cámara de Diputados de la Nación aprobó la ley 13010[5] "Derechos políticos de la mujer" y puso al país a tono con el mundo, al habilitar para las mujeres argentinas el derecho al sufragio.

Pese a que en otras naciones ya se había establecido el sufragio femenino como consecuencia de la lucha de las mujeres, que en más de una ocasión sufrieron la persecución y hasta la cárcel, la Argentina insistía en permanecer en el retraso. En Nueva Zelanda regía desde 1893, en Australia, desde 1902, en Gran Bretaña desde 1918, en Italia desde 1919 y en Estados Unidos de América desde 1920. En América del Sur, las uruguayas y las brasileñas votaron en 1932 y en Bolivia desde 1938.

No obstante, en algunas provincias argentinas las mujeres gozaban de ese derecho, pues la primera vez que votaron fue en 1862, cuando la ciudad de San Juan otorgó el voto calificado femenino en el orden municipal. A partir de 1914, votaron sin calificación y siempre en municipios. Ya en 1927 se les otorgaron los mismos derechos electorales que a los varones. En abril de 1928, las mujeres sanjuaninas votaron a nivel provincial y en 1934, eligieron a la primera legisladora provincial.

La provincia de Santa Fe, por su parte, reformó su carta magna en 1921 y reconoció el derecho al voto femenino en el orden municipal.

[4] Duarte de Perón, María Eva (1919-1952), dignificó a la mujer y logró con masivas movilizaciones de la Rama femenina del Partido Peronista, la sanción de la ley 13010 "Sufragio femenino".
[5] Sancionada el 9/9/1947, promulgada el 23/9/1947 y publicada en Boletín Oficial el 27/9/1947.

En el orden nacional, recién en 1947, precisamente el 23 de septiembre[6] se promulgó la ley 13010, fecha establecida como "Día Nacional de los Derechos Políticos de la Mujer".

Evita, no desempeñó “el único rol” militante en la aprobación de la citada norma jurídica por las Cámaras legislativas argentinas, pues la lucha había sido larga y extenuante desde los primeros movimientos anarquistas, pasando por la militancia radical y socialista hasta ese momento, donde se cristalizaba en sanción. El peronismo, acompañaba el proyecto con grandes movilizaciones populares, punto estratégico que los demás partidos políticos históricos no habían podido aportar.

Además, con el respaldo del diario “Democracia”, que realizaba una activa campaña por el voto femenino, Evita se convierte en la portavoz de un movimiento de mujeres, de origen social muy diferente al de las primeras feministas, que reclaman el derecho a participar en el proceso político como las demás.

Asimismo, las condiciones políticas eran propicias tanto en la región como en el mundo. En Latinoamérica las Conferencias de Estado Americanos se habían pronunciado repetidamente por el sufragio femenino desde la Octava Conferencia, que tuvo lugar en Lima (Perú) en 1938, durante la cual se aprobó una Declaración en favor de los Derechos de la Mujer. Además hacia 1945, las mujeres ya podían votar en Ecuador, Brasil, Uruguay, Cuba y El Salvador.

Retomando el análisis de la sanción de la ley 13010, se observa en los debates parlamentarios que el tratamiento de la misma no encontró oposición ni en Senado ni en la Cámara de Diputados, donde fue aprobada el 9 de septiembre de 1947.

La Comisión de Asuntos Constitucionales, que se expidió a favor del derecho al voto, estuvo presidida por John William Cooke. El debate en recinto duró dos días, por la cantidad de oradores; cerrándose el mismo con anticipación, cuando todavía faltaban hacer uso de la palabra cuarenta y cinco legisladores. Evita, no asistió al primer día de la discusión, por presentar cuadro gripal; sin embargo, convaleciente presenció la segunda jornada.

[6] Acto de gobierno, durante el cual el presidente de la Nación Juan Perón y su ministro Borlenghi firmaron el decreto promulgatorio de la ley 13010; enseguida le fue entregado a Evita, expresando el agradecimiento por su campaña en favor de los derechos políticos de las mujeres.

IV. CUPO FEMENINO

"Si seguimos así, esto no cambia más".

(María Teresa Merciadri de Morini. Abogada y militante política. Tuvo una destacada trayectoria como funcionaria judicial, secretaria de Estado de Culto, diputada nacional, defensora de trabajadores ante los sindicatos y de presos políticos ante la dictadura de turno, como así también fue coautora de la ley de Cupo femenino).

La República Argentina ha sido pionera en la sanción de la Ley de Cupo femenino, como medida de acción afirmativa para asegurar la efectiva representación de las mujeres en el Poder Legislativo.

En 1991, el Congreso argentino aprobó la primera ley de cuotas del mundo. La Ley 24012 de cupo femenino modificó el artículo 60 del Código Electoral Nacional para exigir la incorporación de un mínimo de 30 % de mujeres, "*en proporciones con posibilidad de resultar electas"*, como condición para la inscripción de las listas de candidatos nacionales que presentan los partidos políticos. Hasta el año 2000, esta norma regía únicamente para las candidaturas a diputados y convencionales constituyentes nacionales. A partir de 2001, cuando los integrantes del Senado de la Nación pasaron a ser electos a través del voto ciudadano (anteriormente eran designados por las legislaturas provinciales), el cupo femenino pasó a regir para las candidaturas a la Cámara alta y, más recientemente se hizo extensivo a las listas de candidatos al PARLASUR.

La ley 24012,[7] "Código Electoral Nacional- modificación al art. 60", como expresamos anteriormente, estableció un piso mínimo en la representación de mujeres en listas partidarias para cargos legislativos nacionales y se aplicó por primera vez en los comicios legislativos de 1993. Es decir, las listas electorales debían estar compuestas de, al menos, treinta por ciento de mujeres.

El breve articulado de la Ley 24012 no clarifica cómo deben ubicarse las candidatas en las listas partidarias (cerradas y bloqueadas), pero sus detalladas reglamentaciones introdujeron exigencias precisas para las agrupaciones políticas. De acuerdo con estas normativas, el 30 % es una cantidad mínima y las candidatas tienen que

[7] Conocida como "Ley de Cupo femenino", sancionada el 6/11/51, promulgada de hecho el 29/11/91 y publicada en Boletín Oficial el 3/12/91.

ubicarse en lugares de las listas con posibilidades ciertas de salir elegidas. Con este criterio, el 30 % se aplica a la totalidad de la lista, pero también abarca al número de cargos legislativos que cada partido pone en juego en un distrito electoral. Por ejemplo, si un partido se presenta a elecciones por primera vez, no renueva cargos o renueva hasta dos, su lista debe tener (al menos) una mujer entre los dos primeros lugares para cumplir el cupo. A su vez, cuando se renuevan más de dos cargos, debe figurar una mujer como mínimo en alguno de los tres primeros puestos. Junto a estos mandatos de posición, la reglamentación introdujo mecanismos de *enforcement:* por un lado, facultó a los jueces con competencia electoral a reordenar las listas que no cumplen la cuota (en caso de no tener respuesta del partido) y, por otro lado, permitió que cualquier ciudadano o ciudadana pueda impugnar listas que considere violatorias de la legislación (inicialmente, solo podían hacerlo las candidatas o precandidatas afectadas).

La norma logró perfeccionarse, entonces, través de dos reglamentaciones que evitaron incumplimientos partidarios y aseguraron la postulación de mujeres en lugares con posibilidades de ser electas: decretos reglamentarios 1246/00 y 451/01.[8]

Por su parte, en Argentina, la ley de cupo femenino tuvo efectos de contagio en las provincias. La aprobación de la Ley 24012 y la incorporación del principio de las acciones positivas en la Constitución activaron la presentación de proyectos y la aprobación de leyes de cuota provinciales. Todas las provincias cuentan con leyes de cuota mínima o paridad de género para candidaturas de orden provincial y local, o bien adhieren a la normativa nacional (como en el caso de la Ciudad de Buenos Aires). Desde 1992, veinte provincias adoptaron leyes de cuota mínima similares a la ley nacional, y a partir de 2010 se sumaron dos provincias restantes donde las dirigencias de los principales partidos resistieron las medidas de acción afirmativa durante más de una década (Jujuy y Entre Ríos). En términos generales, las cuotas de género en vigencia para las elecciones provinciales abarcan las candidaturas legislativas (con excepción de los cargos que se eligen en distritos uninominales), incorporan mandatos de posición y establecen la no inscripción de las listas que no cumplan los requerimientos normativos. La redacción de la legislación es clara y deja poco margen de interpretación.

[8] No resulta ajena a la última reglamentación, la presentación en queja que realizara María T. Merciadri de Morini ante la CIDH, en reclamo de la efectiva y justa aplicación de la cuota femenina en listas electorales argentinas.

Asimismo, antes de las elecciones legislativas de 2001, Argentina se ubicaba en el decimoquinto lugar en el ranking de países, según la cantidad de mujeres legisladoras publicado en la Unión Interparlamentaria Mundial (UIM). En el año 2003 ascendió al decimoprimer escalón y en 2008 se ubicaba en cuarta posición.

Por último, luego de treinta años de implementación de la ley de cupo femenino vale preguntarse si se ha logrado el objetivo de fomentar y sostener la efectiva participación de las mujeres en los ámbitos de representación política y cuáles son los discursos del poder y sus prácticas.

V. PARIDAD DE GÉNERO EN AMBITOS DE REPRESENTACIÓN POLÍTICA.

*"**Conociendo que ya hubo una iniciativa legislativa que no logró la sanción definitiva, quiero solicitar a los señores legisladores que incluyan en este período de sesiones ordinarias, la adhesión a la Ley Nacional de Paridad de Género".***

(Lucía Corpacci, gobernadora de la Provincia de Catamarca, acto de apertura de sesiones ordinarias, asamblea legislativa, año 2018)

La ley 27412[9] "Paridad de género en ámbitos de representación política", tuvo un tratamiento muy particular, el Senado había dado media sanción a un proyecto de ley de paridad de género en la conformación de las listas legislativas nacionales y de autoridades partidarias, girándolo a la Cámara de Diputados.

La iniciativa en su momento –fruto de la unificación de siete proyectos presentados en la Cámara alta– fue impulsada por las senadoras de distintos partidos, agrupadas en la Banca de la Mujer. La propuesta fue aprobada con 57 votos favorables y únicamente 2 en contra, ambos de legisladores varones de la alianza Cambiemos. El 20 de octubre, por su parte, la Cámara de Diputados dio media sanción a un proyecto de ley de reforma electoral originado por el Poder Ejecutivo que inicialmente no contemplaba ninguna medida vinculada con la igualdad de género. En efecto, el núcleo central de la propuesta del Ejecutivo era la modificación del sistema de emisión del voto (pasando del voto en papel al voto con medios electrónicos), pero diversas diputadas aprovecharon la

[9] Sancionada el 22/11/2017, promulgada y publicada en Boletín Oficial el 15/12/2017.

oportunidad para introducir la paridad de género en la conformación de las listas de diputados, senadores nacionales y parlamentarios del Mercosur.

No obstante, luego de consensuar el tratamiento parlamentario de un único proyecto de ley, finalmente aprobado por ambas Cámaras, que comenzó en Senado, aprobándolo el 19/10/2016, luego pasó a Diputados, donde lo sancionó el 22/11/2017, con el número de Ley 27412.[10]

La citada ley se implementará a partir de las elecciones para la renovación parcial de ambas Cámaras legislativas en 2019, cuando las listas deberán contener un 50% de candidatas mujeres, en forma intercalable, además modifica el artículo 60 bis del Código Electoral Nacional, estableciendo que las listas de candidatos que se presenten para la elección de senadores/as nacionales, diputados/as nacionales y parlamentarios/as del Mercosur, como distrito nacional plurinominal, deberán integrarse ubicando de manera intercalada a mujeres y varones, desde el primer candidato titular hasta el último suplente.

Estas medidas se llevan a cabo, siguiendo la tendencia regional latinoamericana y de acuerdo al Consenso de Quito de 2007[11], al establecer la necesidad de avanzar hacia la paridad de género. Además, la misma tendencia se observa en Legislaturas provinciales[12].

Asimismo, el artículo 7[13] de la ley 27412 avanza sobre un segundo aspecto fundamental, establece como requisito para la constitución de la carta orgánica partidaria, que esté contemplada la paridad de género en el acceso a cargos partidarios.

Por otra parte, siguiendo el informe de PNUD Argentina[14], podemos afirmar que en Argentina la sanción de la ley de cupo femenino favoreció el acceso de las mujeres a las candidaturas partidarias y a los cargos de representación popular, y esto se refleja en el Índice donde la dimensión de “Cuota/Paridad” obtuvo 69,3 puntos, el mayor en todas las dimensiones medidas en el país. En efecto, aunque el porcentaje de 30 % ha sido superado en América Latina por las regulaciones paritarias, el diseño del cupo femenino ha permitido contar, en el ámbito nacional, con una medida que contempla sanciones

[10] https://www.pagina12.com.ar/77863-la-paridad-de-genero-ya-es-ley
[11] Resultado de la X Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe.
[12] https://www.pagina12.com.ar/127147-paridad-en-la-legislatura-catamarquena.
[13] https://www.pagina12.com.ar/102317-paridad-unidad-y-puertas-abiertas: el Partido Justicialista se convirtió en el primero en incorporar la paridad de género en su Carta Orgánica.
[14] http://observatoriogenero.senado-ba.gov.ar/Informes/PNUDArgent-InfAteneaArgentina.pdf

efectivas (la no inscripción de listas) y no prevé excepciones para su aplicación. Al mismo tiempo, el puntaje alcanzado en esta dimensión refleja los avances en el ámbito subnacional, donde siete provincias han creado medidas de paridad de género con mecanismos de alternancia. Ahora bien, uno de los principales hallazgos de este informe es que la representación política de las mujeres en Argentina ha encontrado un techo que parece difícil de superar sin producir nuevas reformas paritarias. De esa manera, si se aprobaran leyes de paridad política en el Congreso Nacional y en las legislaturas provinciales que todavía no cuentan con estas medidas, Argentina podría alcanzar el máximo puntaje en esta dimensión del Índice, volviendo a ocupar un lugar de vanguardia en la región.

La segunda puntuación más alta, según el citado Observatorio, es decir del Índice de Paridad Política se obtuvo en la dimensión Compromisos Nacionales con la Igualdad en la Constitución y el Marco Legal, donde Argentina logró 60 puntos al haber incluido la igualdad como precepto constitucional, aunque no se haya constitucionalizado la paridad ni se haya sancionado una ley general de igualdad. Este puntaje refleja, a su vez, la existencia de una ley de acceso a una vida libre de violencia para las mujeres y otra contra la discriminación. En tercer lugar se ubicó la dimensión Poder Legislativo, con 59 puntos. En referencia a los indicadores relacionados con la nominación y la presencia de mujeres en la Cámara baja del Congreso de la Nación, la ley de cupo femenino hizo notar su impacto: en la elección analizada, el porcentaje de mujeres candidatas fue de 41,8 % y el de electas fue de 37,5 %. Como se señala en el informe, el punto crítico en Argentina no es que la cuota de género no haya favorecido una mayor elegibilidad de las mujeres, sino que, visto desde un punto de vista paritario, su representación ha llegado a un techo. Esto señala un escenario en el cual el salto paritario es improbable bajo el mismo diseño. En este contexto, si se analiza no solo la presencia, sino también las condiciones en las que las mujeres ejercen los cargos legislativos, las puntuaciones descienden cuando se trata del ejercicio de algunas posiciones de mayor poder en la vida parlamentaria. Así, por ejemplo, las mujeres solo representan el 25 % de la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados y, aunque presiden un tercio de las comisiones permanentes (31 %), están más presentes en aquellas comisiones que se ocupan de la política social y el cuidado (que más adelante se denominan de “reproducción”) que en las comisiones que tratan temas económicos e institucionales (que se denominan de “producción” y de “reproducción del sistema”, respectivamente). De todas maneras, también hay que señalar que las diputadas

nacionales ejercen el 37 % de las presidencias de bloque (Jefaturas de bancada), lo cual es un avance. En cuanto al tratamiento de los temas de igualdad de género en el Congreso, si bien en la Cámara de Diputados existe una comisión dictaminadora permanente para temas vinculados con los derechos de las mujeres (la comisión de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia), no existe una Unidad Técnica que apoye a los legisladores y las legisladoras en la transversalización de género en el debate y la legislación producida. En la Cámara, a diferencia del Senado, tampoco existe una bancada femenina que pueda, a través de la concertación interpartidaria, ayudar a visibilizar estos temas y a sus integrantes, y promover que las cuestiones referidas a la igualdad de género lleguen a ser tratadas

En el otro extremo, el de aquellas dimensiones donde se registran los menores avances, se ubica la del Poder Ejecutivo y Administración Pública, en la que Argentina obtuvo una puntuación promedio de 46 puntos. Dentro de esta dimensión, el país logró el mayor puntaje en el indicador que mide la existencia de diferencias entre hombres y mujeres en el tiempo de ejercicio en cargos ministeriales, pues en el caso argentino no se encontró, en promedio, ninguna diferencia. Aunque este es un dato, también llama la atención la escasa presencia de mujeres en gabinetes ministeriales (13,6 % en 2016), además de su total ausencia en sectores asociados con temas productivos. La subrrepresentación se replicó en los cargos viceministeriales, donde las mujeres solo ejercían el 14,1 % de las Secretarías de Estado. Por último, respecto del indicador que puntúa la existencia y el nivel jerárquico del mecanismo nacional para el adelanto de las mujeres o la igualdad de género en el Poder Ejecutivo Nacional, Argentina obtuvo solo la mitad del máximo puntaje posible (50 puntos sobre 100), pues el Consejo Nacional de las Mujeres no tiene rango ministerial.

Entre las dimensiones con la menor puntuación se encuentra la de Gobierno Local (Municipal), con un puntaje promedio de 34,6. En este caso, los datos que se presentan en el informe corresponden únicamente a los municipios de la Provincia de Buenos Aires, pues el país carece de información oficial para los 1.128 municipios argentinos. Con estas limitaciones, es de destacar el ínfimo porcentaje de mujeres en cargos de Intendencia: apenas 2,9 % en la provincia más grande y poblada del país. En contraste, en las concejalías –para cuyas nominaciones hasta el 2016 se aplicaba la cuota del 30 %– el porcentaje de mujeres alcanza un 31,7 %. Siguiendo con el orden descendente en la puntuación, la dimensión de Partidos políticos obtuvo un puntaje de apenas 27,5. Es

interesante notar que el máximo puntaje obtenido entre los indicadores de esta dimensión fue el referido a la presencia de mujeres en las máximas instancias ejecutivas partidarias nacionales, donde representan (en promedio) un 28,2 % en ocho partidos analizados. Pero, en contraste, se encontró que solo una organización política había incluido los principios de igualdad de género y no discriminación por sexo en sus estatutos, y se registraron puntuaciones bajas en los indicadores que miden la existencia de unidades de la mujer y sus atribuciones, ya que solo tres partidos contaban con estas instancias y en ningún caso con facultades para promover la inclusión de mujeres en la selección de candidaturas. Lo mismo sucedió en el indicador que mide la presencia de propuestas de igualdad de género en las plataformas presentadas en la última elección presidencial. Finalmente la dimensión del Poder Judicial y el Poder Electoral recibió la puntuación promedio más baja: 16,7. Ello se debe a la presencia mínima de magistradas en la Corte Suprema de Justicia, donde apenas una de sus cuatro integrantes actuales es mujer, mientras que la Cámara Nacional Electoral está integrada solamente por hombres y no cuenta con una Unidad de Género que trabaje la transversalización del tema en su interior. Por último, es importante señalar que en el caso argentino (al igual que en el caso uruguayo), el Índice tuvo que ser calculado solo en base a siete de las ocho dimensiones previstas. Ello responde a que no se cuenta con la información desagregada por sexo referida al ejercicio del voto, requerida para poder calcular el indicador de participación electoral de las mujeres que se contempla en la dimensión de Ejercicio del derecho al sufragio.

El año 2016 estuvo caracterizado por avances significativos hacia la paridad política en las provincias argentinas. En octubre, la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires aprobó la Ley 14848, que establece que toda lista de candidatos a cargos electivos en cuerpos colegiados provinciales y municipales debe contener porcentajes iguales y equivalentes de candidatos del género masculino y femenino, en todas las categorías, con un mecanismo de alternancia y secuencialidad. • La nueva ley de paridad tuvo su origen en un proyecto presentado por primera vez en 2014, que no fue tratado ese año ni el siguiente, pero la coyuntura política de 2016 abrió una ventana de oportunidad. Entre las novedades, la asunción de la primera gobernadora provincial, María Eugenia Vidal (Frente Cambiemos) –quien se manifestó a favor de la paridad de género–, el respaldo público de dirigentes nacionales de peso (como el líder del Frente Renovador y excandidato presidencial, Sergio Massa) y la formación de una coalición multipartidaria

de mujeres favorecieron los acuerdos dentro y fuera de la Legislatura provincial. • Luego de la reforma en la Provincia de Buenos Aires se adoptaron leyes de paridad en Chubut (Ley XII Nº 12, de Igualdad Política de Género), Salta (Ley 7955) y Neuquén (Ley 3053). En los dos primeros casos se trató de normas sobre la equitativa composición de las listas de candidatos provinciales y municipales (para todos los municipios en Salta y solo para aquellos sin autonomía en Chubut). En Neuquén, el mecanismo de la paridad en las listas de candidatos provinciales y municipales (salvo en los municipios autónomos, que definirán si adhieren o no a la normativa provincial) formó parte de una reforma electoral más amplia. Cabe destacar que las tres provincias contemplan mecanismos de alternancia.

V1.Paridad en municipios

En 2017, antes de las elecciones y luego de dos décadas de leyes de cuotas en la PBA, un tercio de los municipios tenía menos de 30% de mujeres en su Concejo Deliberante. El porcentaje de concejales mujeres variaba entre el 12,5% y el 58%, dependiendo del municipio. Las mujeres representaban menos del 30% de los concejales en 47 de las 135 jurisdicciones municipales. Solo en 8 casos representaban el 50% o más de los integrantes del Concejo municipal. Agregado a esto, había pocas mujeres jefas de bloque en los concejos. En 41 concejos ningún bloque estaba presidido por una mujer y, en promedio, solo un 20% de las presidencias de bloque estaban en manos de mujeres. La proporción de jefas de bloque era más elevada en los municipios con mayores porcentajes de concejalas. Sumado a lo anterior, pocas mujeres ocupaban posiciones de autoridad en los concejos deliberantes. En el 80% de los concejos deliberantes (108) la presidencia del cuerpo era ejercida por un hombre. En comparación, el 32% de los concejos tenía una vicepresidenta primera mujer (39) y el 28%, una vicepresidenta segunda (35). La probabilidad de que la vicepresidencia la ocupe una mujer es mayor cuando la presidencia del concejo la ocupa un hombre

V2.Paridad horizontal y vertical

De acuerdo con la Norma Marco para consolidar la Democracia Paritaria elaborada por el PARLATINO con el apoyo técnico de la Oficina Regional de ONU Mujeres para las Américas y el Caribe, la "*paridad vertical*" refiere a la ubicación de las candidaturas de mujeres y hombres en las listas plurinominales de manera alternada y secuencial, tanto en cargos titulares como en suplentes. En el caso de las listas uninominales, la paridad vertical se cumple con la incorporación de candidaturas

suplentes del sexo opuesto al del titular. • En cambio, la noción de "*paridad horizontal*" refiere a la participación equivalente de mujeres y hombres en los encabezamientos de las listas partidarias (primeros lugares). Cuando un mismo partido político y/o alianza se presenta en varios distritos electorales simultáneamente, esto implica acordar encabezamientos de mujeres y hombres en proporciones iguales.

VI. CONCLUSIÓN

Argentina tiene el gran desafío de volver a implementar políticas de avanzada en cuanto a la participación femenina en procesos de representación política, esta vez desde una perspectiva *paritaria*, para garantizar un ejercicio igualitario y efectivo de los derechos políticos de las mujeres y mejores condiciones para dicho ejercicio, no solamente en el ámbito legislativo –donde se han logrado avances, con la sanción de normativa jurídica apropiada– sino en todos los niveles de gobierno y en todos los poderes del Estado, en varios de los cuales subsisten grandes retos.

Es importante, además, que haya mujeres en puestos de decisión, por dos motivos, uno tiene que ver con la justicia distributiva, el hecho de ser la mitad de la ciudadanía y, por lo tanto, tener derecho a la participación; el otro, tiene que ver con la perspectiva de género sobre la política, la mirada sobre los intereses propios, es decir, la representación debe traer a los ámbitos deliberativos los elementos que puedan estar ausentes de las políticas públicas.

En ese sentido, la presencia de mujeres en las bancas parlamentarias hizo que se votaran leyes sobre salud sexual y reproductiva, violencia, trata de personas, parto humanizado, lactancia, acoso sexual, reproducción asistida, etc. El motivo que tiene que ver con representar intereses, puntos de vista, necesidades que tengan que ver con la vida de las mujeres es un argumento que seguramente se subsanaría si los varones tuvieran una capacitación en género relevante; es decir, constituye un entrenamiento tan importante como el de Derechos Humanos, resultando un marco para toda función política que debería estar presente.

BIBLIOGRAFÍA:

COLOTTA M: "*La nueva? inclusión de las mujeres al mundo político".* 1º Edición. Buenos Aires, junio de 2015. Páginas 54 y ss.

PIGNA F*: "Mujeres tenían que ser".* 4º Edición. Buenos Aires, diciembre de 2011. Páginas 506 y ss.

NAVARRO M*: "Evita".* 1º Edición. Buenos Aires, marzo de 2018. Páginas 181 y ss.

BARRY C: "*Sufragio femenino*". 1º Edición. Buenos Aires, abril de 2011 Páginas 29 y ss.

Revista Electrónica Iberoamericana ISSN: 1988 - 0618
http://www.urjc.es/ceib/ Vol. 13, Edición Especial, 2019

LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ Y EL MEDIO AMBIENTE

THE BOGOTÁ DECLARATION AND ENVIRONMENTAL PROTECTION

Adriana Espinosa González

European Coalition for Corporate Justice, Bélgica

RESUMEN

Uno de los cambios más radicales que la sociedad ha experimentado en las últimas siete décadas es la conciencia sobre la crisis ecológica que afrontamos, y los serios impactos de la degradación ambiental en la protección de los derechos humanos. En este sentido, el sistema de derechos humanos del que la Declaración de Bogotá en su principal origen ha sabido adaptarse y otorga una protección creciente de las condiciones ambientales. No obstante, la interpretación de la Declaración y la Convención Americana aún presenta lagunas cuando se trata de garantizar la gobernanza ambiental mediante la salvaguarda del derecho de las personas a participar en decisiones que puedan tener impacto ambiental. Hoy día hay ya elementos para avanzar en esta materia y desarrollos en el seno de las Naciones Unidas que lo fundamentan.

PALABRAS CLAVE: Medio ambiente, derechos ambientales, derecho a un medio ambiente sano, cambio climático, información, participación, justicia, defensores ambientales.

ABSTRACT

One of the most radical changes that society has experienced in the last seven decades is the awareness of the ecological crisis we are facing, and of the serious impacts that environmental degradation has in the protection of human rights. The Inter-American human rights system, for which the Bogotá Declaration was its main origin, has adapted to this change, and it is today providing a greater protection of environmental conditions. Nevertheless, there are still some gaps in the interpretation of the Bogotá Declaration and the American Convention on Human Rights when it comes to guaranteeing environmental governance by the protection of participatory rights for people affected by activities with environmental impacts. There are enough elements today to make progress in this area, and developments at the UN level which support it.

KEYWORDS: Environment, environmental rights, right to a healthy environment, climate change, information, participation, justice, environmental defenders.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE BAJO LA DECLARACIÓN Y LA CONVENCIÓN AMERICANAS DE DERECHOS HUMANOS. II. EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS PROCEDIMENTALES EN ASUNTOS AMBIENTALES. II.1 Derecho a la Información ambiental. II.2. Derecho a la participación en asuntos ambientales: a) La protección de los derechos de las defensoras y defensores ambientales. b) b) El derecho de participación de las comunidades campesinas y otras comunidades locales CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

* * *

INTRODUCCIÓN

Antes de analizar el impacto de la Declaración Americana de Derechos Humanos (en adelante, también referida como Declaración de Bogotá) en la creciente protección del medioambiente hay que abordar una cuestión preliminar. Como en cualquier otro asunto relacionado con el Sistema Interamericano de protección de derechos humanos, para comprender el verdadero alcance de la Declaración de Bogotá en la creciente protección de los derechos humanos, el análisis no puede limitarse a estudiar la evolución de este instrumento, sino que es necesario acudir también al texto de la *Convención Americana de Derechos Humanos* (CADH) y a su interpretación por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH).

Como ha afirmado la CIDH, "la Convención Americana representa una expresión autorizada de los principios contenidos en la Declaración Americana. En este sentido, pese a que la Comisión no aplica la Convención Americana en relación a Estados Miembros que no son parte de dicha tratado, sus disposiciones son relevantes para

informar la interpretación de las disposiciones de la Declaración"[1]. Por este motivo, el presente artículo analizará la evolución de la protección del medio ambiente bajo el Sistema Interamericano de derechos humanos basándose tanto en la evolución interpretativa tanto de la Declaración de Bogotá como de al Convención Americana de Derechos Humanos.

Ni la Declaración de Bogotá ni la Convención Americana de Derechos Humanos reconocen de manera explícita el derecho humano al medio ambiente sano. No obstante, como se verá en el epígrafe I, el sistema interamericano de derechos humanos ha permitido una creciente protección del medio ambiente y los recursos naturales a partir de un proceso de "ecologización" de sus textos básicos. Esto quiere decir que la Comisión y Corte interamericanas han identificado la protección del medio ambiente bien como parte del contenido de algunos de los derechos recogidos en la Declaración y Convención, bien como un requisito para el efectivo ejercicio de tales derechos. Esta interpretación en clave ecológica no es exclusiva del sistema interamericano, sino que forma parte de una tendencia, ya ampliamente desarrollada, en el sistema europeo y universal de derechos humanos.

Como parte de esta evolución, los órganos del sistema interamericano han identificado nuevas obligaciones de los Estados relevantes para la protección del medio ambiente y han ampliado el alcance de determinados derechos debido a sus implicaciones para la preservación de las condiciones ambientales. En concreto, se ha visto un fuerte desarrollo de los derechos de acceso a la información sobre el medio ambiente y a la participación en asuntos ambientales (incluyendo el derecho de acceso a la justicia). El presente artículo abordará, en el epígrafe II, el desarrollo de estos derechos procedimentales debido a su importancia para los derechos ambientales de individuos y comunidades, con independencia de que estén amparados por el marco internacional de protección de los derechos de los pueblos indígenas[2].

---

[1] CIDH, "Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo", OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/17, 31 de diciembre de 2015, párraf. 45. También al respecto BUERGENTHAL, Thomas, "La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número especial en conmemoración del 40° aniversario de la DADH, 1989, pp. 111 ss.

[2] Los derechos ambientales de los pueblos indígenas han experimentado un fuerte desarrollo en particular, pero esta cuestión no se aborda en este artículo porque será objeto de estudio independiente. Asimismo, el derecho de acceso a la justicia y sus componentes son también objeto de estudio de otro artículo de la presente publicación.

I. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE BAJO LA DECLARACIÓN Y LA CONVENCIÓN AMERICANAS DE DERECHOS HUMANOS

Ni la Declaración de Bogotá ni la Convención Americana de Derechos Humanos reconocen de manera explícita el derecho humano al medio ambiente sano. Sí lo hace el Protocolo a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) en su artículo 11[3]. No obstante, esta disposición no cuenta con ningún mecanismo de quejas individuales, por lo que su aplicación e interpretación queda limitada a los informes anuales o a los comentarios que la Comisión haga de éstos.

En ausencia del reconocimiento explícito de los derechos ambientales, la Comisión y Corte Interamericanas han garantizado cierta protección de las condiciones ambientales a partir de la interpretación de los derechos reconocidos en los instrumentos de derechos humanos. En este sentido, el Sistema Interamericano no se aleja de la práctica identificada en el sistema universal o europeo de derechos humanos. De hecho, tanto la Corte como la Comisión acuden con frecuencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)[4].

Así, al igual que el TEDH[5] y los órganos de las Naciones Unidas[6], la Corte y la Comisión han reconocido la relación "innegable" entre la protección del medio ambiente y la realización de los derechos humanos. Esta relación tiene dos vertientes, a saber:

- Por un lado, la degradación ambiental, incluyendo los efectos del Cambio Climático, afecta de manera adversa el goce efectivo de los derechos humanos, incluyendo pero no sólo, el derecho a la vida y a la integridad física y personal, a la salud

[3] "Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", (Protocolo de San Salvador), adoptado el 17 de noviembre de 1988. Art. 11: "Todo el mundo tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a tener acceso a los servicios públicos básicos".

[4] KRAVCHENKO, Svitlana, "Environmental Rights in International Law: Explicitly Recognized or Creatively Interpreted", *Florida A & M University Law Review*, 2012, Vol. 7, 2, p. 182.

[5] Algunas de las sentencias más relevantes son TEDH, *López Ostra c. España*, no 16798/90, Sentencia de 9 de diciembre de 1994; *Guerra y Otros c. Italia*, no 14967/89 19 Febrero 1998; *Hatton y Otros c. Reino Unido*, no 41666/98, sentencia de 8 de julio de 2003; *Taşkın y Otros c. Turquía*, no 46117/99, sentencia de 10 de noviembre de 2004; M*artínez Martínez c. España*, no 21532/08, Sentencia de 18 de octubre de 2011.

[6] Por ejemplo, véase el nombramiento de un experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionados con el disfrute de un medio ambiente limpio, Resolución del Consejo de Derechos Humanos de 22 de marzo de 2012, UN Doc. A/HRC/RES/19/10.

y a la propiedad[7]. Estos órganos han por tanto reconocido que proteger las condiciones ambientales es un requisito necesario para garantizar la plena realización de los derechos humanos, y ello conlleva la identificación de obligaciones estatales en esta materia[8].

Por otro lado, el ejercicio de los derechos de participación conforma una herramienta fundamental para ayudar a preservar las condiciones ambientales y los recursos naturales. Los derechos de participación conforman, en última instancia, un elemento imprescindible para garantizar una gobernanza ambiental adecuada y salvaguardar el funcionamiento de un Estado democrático. Por lo tanto, las obligaciones de los Estados también comprenden el deber de garantizar el ejercicio de los derechos a la información, la participación y acceso a la justicia en los asuntos ambientales. El presente artículo dedica una sección entera a esta cuestión.

Esta interpretación en clave ecológica de la Declaración y Convención Americanas sólo es posible a través de la interpretación extensiva y dinámica de estos instrumentos. El principio de interpretación extensiva o dinámica es inherente a la naturaleza evolutiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), pues le permite adaptarse a los cambios de la sociedad e incorporar intereses que anteriormente no han sido percibidos como necesarios para garantizar la dignidad humana[9]. El Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) y la CorteIDH han subrayado la naturaleza viva y dinámica de los tratados y, en particular, de los relativos a la protección de los derechos humanos[10].

Esta perspectiva permite a los órganos jurisdiccionales proteger derechos que no están reconocidos de forma explícita en los instrumentos que aplican, y ampliar el alance

---

[7] CIDH, "Los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas: Labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la esfera de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente". Informe de la CIDH para la CAJP, OEA/Ser.G, CP/CAJP-2102/03, 18 noviembre 2003, págs, 2-3. También CIDH, *Comunidad Yanomami c. Brasil*, Caso nº 7615, Resolución 12/85 de 5 marzo, 1985; Caso *Kawas Fernández c. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, párraf. 148.

[8] La Corte ha afirmado que "una de las obligaciones a las que el Estado debe comprometerse de manera ineludible […] es generar las condiciones de vida mínimas que son compatibles con la dignidad de la persona humana". CorteIDH, Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrafs. 161-2.

[9] FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. 2013. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en perspectiva histórica*. Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 2013, p. 262.

[10] TIJ, Kasiliki/Sedudu Island (Botswana c. Namibia.) Sentencia de 13 de diciembre de 1999. En *I.C.J Reports* p. 1045 (Declaración de la Jueza Rosalyn Higgins, párraf 2). El juez Simma refiere a esta sentencia y otras del TIJ para hablar de esta interpretación evolutiva en SIMMA, Bruno. 2011. "Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?", *International and Comparative Law Quarterly*. 2011, Vol. 60, 3. p. 583, y CorteIDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*; Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No 79., párrafo 146, citando precedentes relacionados.

de las responsabilidades de los Estados[11]. En el contexto que nos ocupa, esto tiene importantes implicaciones para la "ecologización" del régimen de derechos humanos. Así, atendiendo a la interpretación dinámica de los instrumentos de derechos humanos, la CIDH ha reconocido que "no es sorprendente que en la interpretación y aplicación de las normas del sistema (…) se haya solicitado a la Comisión el análisis de situaciones concernientes a la relación de las personas con el medio ambiente"[12].

Esta interpretación también implica que los órganos de protección de derechos humanos recurran a instrumentos internacionales de protección ambiental (o de áreas relevantes como el derecho de los pueblos indígenas) como fuente para interpretación los tratados de derechos humanos[13]. De este modo, tanto la Comisión como la Corte Interamericanas han recurrido de manera extensa a instrumentos como la "Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo" (de manera muy importante al Principio 10, como se verá más adelante), y el "Convenio de Aarhus sobre Información, Participación y Justicia en asuntos Ambientales". Un ejemplo es el renombrado caso *Claude Reyes c. Chile* (2006), donde la CorteIDH se apoyó en estos instrumentos para inferir del artículo 13 sobre libertad de expresión el derecho de acceso a la información sobre actividades con impacto medioambiental[14].

Por su parte, la muy relevante jurisprudencia interamericana relativa a los derechos de los pueblos indígenas recurre de forma frecuente a instrumentos específicos como el Convenio 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes[15].

---

[11] CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *International law for humankind: towards a new jus gentium (II : general course on public international law*. s.l.: Brill Academic Publishers, 2005. Vol. 317, p. 60.

[12] CIDH, "Los Derechos Humanos y el Medio Ambiente", op. cit. P. 2.

[13] Ver al respecto BOYLE, Alan. 2012. "Human Rights and the Environment: Where next?", *The European Journal of Environmental Law*. 2012, Vol. 23, 3, p. 621 y SHELTON, Dinah L., "Resolving Conflicts between Human Rights and Environmental Protection: Is there a Hierarchy?", en Erika De Wet y Jure Vidmar. *Hierarchy in International Law: The Place for Human Rights*. Oxford: OUP, 2012, p. 211.

[14] CorteIDH, *Caso Claude Reyes y Otros c. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párrafo 81.

[15] CIDH, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)*, Caso 12.053, Informe No. 40/04, 12 de octubre de 2004, Fondo, párraf. 123; CorteIDH, *Awas Tingni c. Nicaragua*, op. cit., párraf. 148. Este párrafo se basa, aunque no lo cite, en el *Convenio 169* de la OIT. Ver al respecto la Opinión Concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la Sentencia de Fondo y Reparaciones del caso "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni", párrafs. 6 y 7, o *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C. No. 146, párrafs. 117-134.

Esta interpretación ha sido decisiva en sentencias ambientales tales como *Awas Tingni c. Nicaragua*, Y*akye Axa c. Paraguay*, S*awhoyamaxa c. Paraguay* y *Sarayaku c. Ecuador*[16]. En *Yakye Axa c. Paraguay*, la corte allana el camino para reconocer la dimensión ambiental del derecho a la vida y a la integridad personal (arts. 4 y 5 de la *Convención*), al reconocer la obligación del Estado de "generar las condiciones mínimas de vida que son compatibles con la dignidad de la persona humana".[17]

Por su parte, el desarrollo de la Declaración de Bogotá también ha ido de la mano de su interpretación expansiva[18]. Ello ha permitido, por ejemplo, reconocer derechos individuales o colectivos frente a Estados que no son miembros de la *Convención Americana* (por ejemplo, en el caso relativo a los derechos indígenas *Mary y Carrie Dann c. EEUU*[19]).

Por lo tanto, esta interpretación dinámica ha permitido el desarrollo de derechos relacionados con el medioambiente. La CorteIDH ha analizado por primera vez de forma extensa el alcance de esta relación y las consecuentes obligaciones estatales en materia de protección ambiental en su reciente Opinión Consultiva sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos (2017)[20]. No obstante, la jurisprudencia de la Corte y la Comisión en este ámbito es mucho más antigua. Ya en 1985, la CIDH reconoció el vínculo entre el medio ambiente y el derecho a la vida en su informe sobre la petición presentada por la comunidad Yanomami de Brasil[21]. La Carta Democrática Interamericana de 2001 aprobada por la Asamblea General de la OEA reconoce el "valor indispensable" del medio ambiente sano "para el desarrollo integral del ser humano, lo que contribuye a la democracia y la estabilidad política"[22].

---

[16] CorteIDH, *Awas Tingni c. Nicaragua*, op. cit. párraf. 146, *Yakye Axa c. Paraguay*, op. cit. Párrafs. 124-5; Sawhoyamaxa c. Paraguay, op. cit. párraf. 117, Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párraf. 161.

[17] CorteIDH, *Yakye Axa c. Paraguay*, op. cit. párrafs. 161-2.

[18] CIDH, *Comunidades Mayas contra Belice*, op. cit. párr. 86. Ver también CIDH, "Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos". 30 de diciembre de 2009, Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, párraf. 8.

[19] CIDH, *Mary y Carrie Dann c. Estados Unidos*, Caso 11.140, Informe No 75/02, 27 Diciembre 2002, Fondo, párrafs. 96,124, 131, 129,163 y 167.

[20] CorteIDH, Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 "Medio Ambiente y Derechos Humanos" (Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la convención americana sobre derechos humanos).

[21] CIDH, *Comunidad Yanomami c. Brasil*, op. cit. párraf. 1.

[22] Carta Democrática Interamericana, aprobada por la Asamblea General de la OEA en su Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones, 11 de septiembre de 2001.

En varias ocasiones, como en su Resolución sobre Protección y Promoción de Derechos Humanos de 2018, la Asamblea General de la OEA ha exhortado a los Estados a cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos relacionadas con el medio ambiente[23]. Del mismo modo, la Secretaría General de la OEA ha dedicado varias resoluciones a enfatizar la importancia de los vínculos entre la protección de los derechos humanos recogido en los diversos instrumentos del sistema interamericano y la protección del medio ambiente[24].

La Comisión interamericana ha admitido además varios casos de índole ambiental contra estados no vinculados a la Convención. Cabe citar como ejemplo el caso *Mossville Environmental Action Now* contra Estados Unidos, admitido en 2010. La petición fue presentada por una organización ambiental en nombre de los residentes de Mossville, Louisiana, afectados por problemas de salud causados por la contaminación tóxica producida por catorce plantas químicas instaladas en la localidad o los alrededores. Según la petición, el Estado habría permitido la continuación de estas actividades pese a la existencia de pruebas que confirmaban los graves y desproporcionados niveles de sustancias químicas en la sangre de los residentes y la incidencia de enfermedades respiratorias y de otra índole. En virtud de estos hechos, los peticionarios alegaban la vulneración de sus derechos a la vida, la salud y la vida privada, garantizados, respectivamente, por los artículos I, V, IX, XI, y XXIII de la Declaración Americana.

Este caso puede ser asimismo un ejemplo de otro fenómeno con importantes implicaciones para la relación de la protección ambiental y los derechos humanos, esto es la discriminación en el acceso a los recursos naturales y en la carga de la contaminación (discriminación ambiental)[25]. En tanto que la mayoría de los residentes de esta localidad son afroamericanos, los peticionarios alegan que las políticas ambientales del Estado les exponen a una carga contaminante desproporcionada, dando lugar a un "racismo ambiental" en violación del derecho a la igualdad ante la ley recogido en el artículo II de

[23] Asamblea General de la OEA, Resolución AG/RES. 2928 "Promoción y Protección de Derechos Humanos", 5 Junio de 2018. También en su Resolución AG/RES. 2887 "Protección y Promoción de los Derechos Humanos", 14 Junio de 2016.

[24] Véase por ejemplo resoluciones AG/RES. 1819 (XXXI-O/01), AG/RES. 1896 (XXXII-O/02), AG/RES. 1926 (XXX III-O/03) y más recientemente, resolución AG/RES. 2429 (XXXVIII-O/08) sobre Derechos Humanos y Cambio Climático en las Américas.

[25] Ver al respecto otro artículo de esta autora en: ESPINOSA, Adriana, "La justicia ambiental, hacia la igualdad en el disfrute del derecho a un medio ambiente sano", *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 16, julio 2012, pp. 51-77.

la Declaración Americana. La Comisión consideró la petición admisible respecto a los artículos II (no discriminación) y V (vida privada y familiar) de la Declaración[26].

Cabe añadir que, en este asunto como en el contexto interamericano en general, la jurisprudencia es especialmente extensa en relación a la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Esta cuestión requiere un capítulo propio, pero cabe apuntar que está asentada la idea de que la fuerte relación identitaria de las comunidades nativas con la tierra y la naturaleza conlleva una interdependencia tal que puede derivarse una obligación estatal de proteger el medio ambiente.

La Corte Interamericana ha mostrado un fuerte avance en el análisis del derecho de propiedad (art. 21 CADH), en relación a las comunidades indígenas y ha determinado que garantizar este derecho conlleva la obligación de proteger la vinculación intrínseca de las comunidades con el territorio y los recursos naturales, ya que la protección del medio ambiente es imprescindible para la supervivencia física y cultural de estas comunidades, así como para el desarrollo y la continuidad de su cosmovisión.[27]

II. EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS PROCEDIMENTALES EN ASUNTOS AMBIENTALES.

Como se ha adelantado, los órganos interamericanos hacen una referencia constante al carácter instrumental de los derechos de participación para la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible. En su reciente Resolución sobre Protección y Promoción de los Derechos Humanos adoptada en junio de 2018, la Asamblea General de la OEA reafirma el compromiso de los Estados miembros con el Principio 10 de la "Declaración de Río", y destaca "la importancia fundamental de contar con mecanismos de participación informada, amplia e inclusiva para el desarrollo sustentable de los países de la región". En base a ello, la AG da la bienvenida a la adopción del "Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en

[26] CIDH, *Caso Mossville Environmental Action Now*, Informe de Admisibilidad (Estados Unidos), No. 43/10 de 17 de marzo de 2010. Petición 242-05.

[27] Por ejemplo: CorteIDH, *Awas Tingni c. Nicaragua*, op. cit.; *Caso de la Comunidad Moiwana c. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124; *Yakye Axa c. Paraguay*, op. cit. y *Sawhoyamaxa c. Paraguay*, op. cit, *Sarayaku c. Ecuador*, op. cit.

Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe", adoptada el 4 de marzo de 2018 en Escazú, Costa Rica[28]. La firma de este instrumento es un desarrollo lógico si se tiene en cuenta la importancia del "Convenio de Aarhus" en la interpretación de la Declaración y Convención Americanas[29].

El desarrollo de los derechos procedimentales de la población afectada por actividades con impacto ambiental está relacionado con el desarrollo de las obligaciones positivas del Estado en la protección de los derechos reconocidos en la Declaración y Convención Americanas. Aunque la cuestión es muy amplia y excede el ámbito de este capítulo, cabe hacer una breve referencia.

Tanto la CADH como la Declaración de Bogotá imponen a los Estados deberes de tipo positivo dirigidos a asegurar el efectivo ejercicio de los derechos recogidos en este instrumento[30].

Estas obligaciones positivas comprenden la protección los derechos humanos en las relaciones inter-individuales y, por tanto, la posible responsabilidad al Estado por actos de particulares, entre otros, de empresas privadas[31]. Es hoy jurisprudencia asentada que, aunque un hecho ilícito no pueda ser atribuible a un Estado (por ser obra de un tercer actor o por no haberse atribuido su autoría), este hecho puede acarrear responsabilidad internacional del Estado "por falta de diligencia debida para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención"[32].

---

[28] Resolución de la AG sobre Protección y Promoción de Derechos Humanos, Junio 2018, op. cit.párraf. 1.

[29] *Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales*, Aarhus, 24 de junio de 1998, 2161 UNTS 447. Por ejemplo, Corte IDH. C*aso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párraf. 181.

[30] CIDH, "Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos." OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57, 31 de diciembre de 2009, Cap. IV, párraf. 35. Ver ASETE MUÑOZ, Sandra. 2009. "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: avances y retos". En: Carlos R. Fernández Liesa (dir.). *Tribunales internacionales y espacio iberoamericano*. Navarra: Thomson Civitas, 2009. pp. 55-6. Sobre la Declaración de Bogotá, véase CIDH, *Jessica Lenahan (Gonzales) y otros (Estados Unidos)*, Caso 12.626, Informe 80/11, 21 de julio de 2011, párrs. 117 – 119. También: CIDH, ""Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales", op. cit., párraf. 43

[31] Asamblea General de la OEA, "Promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial", resolución AG/RES. 2840 (XLIV-0/14), 4 de junio de 2014; y "Protección y Promoción de Derechos Humanos", resolución AG/RES. 2887 (XLV-O/16), 14 de junio de 2016, sección III sobre "Regulación consciente y efectiva de las empresas en el ámbito de los derechos humanos".

[32] CorteIDH, *Velásquez Rodríguez c. Honduras,* Sentencia sobre el Fondo de 29 de julio de 1988, serie C, No 4., párraf. 172, en el mismo sentido, *Caso Godínez Cruz c. Honduras*. *Fondo.* Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párraf. 172; y Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párraf. 210, CIDH, ""Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes", op. cit párraf. 46.

En el caso *Comunidades Mayas (Belice)*, la CIDH encontró a Brasil responsable bajo la Declaración por no haber protegido a la comunidad Yanomami de actos de particulares que se asentaron en su territorio durante el desarrollo de un proyecto extractivo, lo que causó una incidencia generalizada de epidemias y enfermedades[33]. En el caso *Jessica Lenahan contra Estados Unidos*, la Comisión consideró que el Estado había violado los derechos a la vida y a la igualdad ante la ley (artículos I y II de la Declaración) por no haber tomado las medidas adecuadas para proteger a la peticionaria y sus hijas frente a la violencia ejercida por el padre de éstas[34].

A la hora de hablar sobre la relación entre la protección ambiental y el efectivo cumplimiento de la Declaración y Convención Americanas, es especialmente importante la jurisprudencia relacionada con el desarrollo de actividades de extracción y explotación de recursos naturales y de desarrollo. En este contexto, las instituciones interamericanas han identificado las obligaciones de los Estados tanto cuando son terceros (incluyendo empresas privadas) los que realizan estas actividades como cuando es el propio Estado.

Así, se ha determinado que las obligaciones de los Estados giran en torno a seis ejes, consistentes en el deber de:

(i) adoptar un marco normativo adecuado y efectivo,

(ii) prevenir las violaciones de derechos humanos,

(iii) supervisar y fiscalizar las actividades de extracción, explotación y desarrollo,

(iv) garantizar mecanismos de participación efectiva y acceso a la información,

(v) prevenir actividades ilegales y toda forma de violencia, y

(vi) garantizar el acceso a la justicia a través de la investigación, sanción y acceso a la reparación adecuada de las violaciones de derechos humanos cometidas en estos contextos[35].

Aunque estas obligaciones encuentran especial énfasis cuando se trata de proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales, la Comisión y la Corte también han

[33] CIDH, *Comunidades Indígenas Mayas contra Belice*, op. cit. párrs. 136-156.
[34] CIDH, *Caso Jessica Lenahan c.Estados Unidos*, op. cit. párrafs. 160 y 170.
[35] CIDH, “"Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes”, op. cit. párrafs. 65 y siguientes.

identificado obligaciones positivas en relación a individuos no indígenas, como se verá más adelante.

Lo mismo ocurre con lo derechos procedimentales, cuyo reconocimiento no se limita a los pueblos indígenas. En sus Informes de países, la Comisión Interamericana ha reconocido que garantizar el acceso de la población a la información y participación en los procesos decisorios con impacto ambiental, así como la disponibilidad de recursos judiciales, es imperativo para lograr una protección eficaz contra las condiciones ecológicas que, a su vez, constituyen una amenaza para las condiciones de vida humana[36]. A continuación se analiza el reconocimiento de derechos a la información y a la participación (incluyendo el derecho a la justicia) en la jurisprudencia ambiental interamericana.

II.1 Derecho a la Información ambiental:

De entrada, cabe recordar que la gestión de la información es un elemento central del régimen de protección ambiental. Como afirma Sand, "la disponibilidad y acceso (a la misma) permite adoptar medidas de prevención y remedio, asegura la participación de la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones y puede influir en el comportamiento individual, del consumo y de las corporaciones"[37].

El deber del Estado de facilitar información relacionada con el estado del medio ambiente y con actividades que puedan tener efectos ambientales adversos es una norma asentada del derecho internacional ambiental y, cuando implica impactos transfronterizos, tiene el estatus de norma consuetudinaria (el principio *sic utere tuo*)[38]. Esta obligación también está vinculada a la norma de realizar evaluaciones de impacto ambiental (EIA) que, por su parte, es una técnica que da cabida y garantiza el derecho a

[36] Por ejemplo, CIDH, "Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador", OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997, p. 93. Ver también SHELTON, Dinah L. "Environmental rights and Brazil's obligations in the Inter-American human rights system", *Geo. Wash. Int'l L. Rev*. 2008, Vol. 40, 3, p. 768.

[37] SANDS, Philippe, *Principles of International Environmental Law*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 826 (traducción propia).

[38] Ver por ejemplo MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando y ZAVALA SALGADO, La protección internacional del medio ambiente. En: Manuel Díez de Velasco. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 17ª ed. Madrid: Tecnos, 2009, p. 768; SANDS, Philippe, *Principles of International Environmental Law*. op. cit., p. 240-1; GOMÍS CATALÁ, Lucía, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Pamplona: Arazandi, 1998, p. 30.

la participación en los procesos decisorios, incluyendo el derecho de acceso a la información. En este sentido, el derecho a la información es un pre-requisito o derecho base para el ejercicio del resto de derechos procedimentales o de otros derechos substantivos, como lo ha reconocido la CorteIDH[39].

En esta línea, la Corte ha inferido el derecho de las víctimas a ser informadas a partir del deber positivo de los Estados de garantizar la protección de derechos substantivos como el derecho a la vida, a la salud, la integridad física o a la vida privada y familiar[40]. Asimismo, en el contexto del impacto de la explotación petrolífera sobre los derechos a la vida y la integridad física en Ecuador, la Comisión ha sostenido que el acceso de la población a la información, a la participación en los procesos de toma de decisiones y a recursos judiciales es imperativo para prevenir las condiciones ecológicas que constituyen una amenaza para la salud[41].

El derecho a la información ambiental está inevitablemente asociado al derecho y la libertad de información, que recogen multitud de tratados internacionales[42]. En particular, la libertad de información se encuentra en los antecedentes y orígenes del sistema de protección de derechos humanos conformado por la Declaración y la Convención Americanas. Ya en 1945 se firmó la Resolución XXVII sobre Libertad de Información, uno de los dos pilares que amoldaron el camino del continente hacia la configuración de su marco jurídico sobre derechos humanos[43].

La Declaración Bogotá establece en su artículo IV que "toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio".

La *Convención Americana* detalla algo más el contenido del derecho a la información en su artículo 13, donde establecer que "toda persona tiene derecho a la

[39] CorteIDH, Opinión Consultiva OC-23/17, op. cit. párraf. 217. Ver también ANTON, Donald K. y SHELTON, Dinah L. 2011. *Environmental Protection and Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p 357.

[40] COURTIS, Christian, "Litigating Environmental Disputes in the Inter-American Human Rights System: Eight Strategic Approaches", *Human Rights and International Legal Discourse.* 2008,Vol. 2. p.190.

[41] CIDH, "Informee sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador", op. cit. párraf. 91.

[42] Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 19), Pacto Internacional para los Derechos Civiles y Políticos (art. 19.2), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 10), Convención Americana sobre los Derechos Humanos (art. 13), Carta Africana sobre los Derechos y Deberes de los Pueblos (art. 9), Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos (art. 10).

[43] Sobre el papel de la Tercera Conferencia o Conferencia de Chapultepec en el desarrollo del sistema interamericano, ver QUISPE REMÓN, Florabel. *El debido proceso en el Derecho internacional y en el sistema interamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 308-310.

libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

Se puede apreciar que ni la Declaración ni la *Convención* reconocen de forma explícita un derecho de acceso ni a la información general ni de carácter medioambiental. Sin embargo, la Comisión y la Corte interamericanas han desarrollado varias líneas de razonamiento para inferir la existencia del mismo.

Si bien este apartado se va a referir sobre todo al desarrollo del artículo 13 de la *Convención Americana*, cabe recordar que este tiene una importante influencia en la interpretación de la disposición respectiva de la Declaración de Bogotá. La Comisión ha sostenido que "en el proceso de elaborar el contenido y la interpretación del artículo IV de la Declaración Americana, la Comisión considera apropiado el tomar en cuenta el articulo 13(1) de la Convención Americana y los pronunciamientos del sistema interamericano sobre el acceso a la información. Como ha sido indicado en el pasado, la Convención Americana representa una expresión autorizada de los principios contenidos en la Declaración Americana. En este sentido, pese a que la Comisión no aplica la Convención Americana en relación a Estados Miembros que no son parte de dicho tratado, sus disposiciones son relevantes para informar la interpretación de las disposiciones de la Declaración"[44].

Así, uno de los avances más importantes en materia de información ambiental lo presenta el reconocimiento de un derecho de acceso a la información como contenido del derecho a la libertad de pensamiento y expresión recogido en el artículo 13 de la CADH. El hito en esta materia lo presenta la sentencia de la CorteIDH en el caso *Claude Reyes c. Chile* (2006)[45].

Entre los orígenes de esta interpretación hay que citar también una de las primeras Opiniones Consultivas emitidas por la Corte, sobre la colegiación obligatoria de periodistas (1985)[46]. Los elementos del derecho a la información establecidos en esta

[44] CIDH, "Acceso a la información, violencia contra las mujeres y administración de justicia en las Américas", 25 de marzo de 2015, OAS/Ser.L/V/II.154, párraf. 21.
[45] CorteIDH, *Claude Reyes y c. Chile*, op. cit.
[46] CorteIDH, "Opinión Consultiva sobre la Colegiación obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 19 de la CADH)", OC-5/85 de 13 de Noviembre 1985. Véase también COURTIS, Christian, "Litigating Environmental Disputes in the Inter-American Human Rights System", op. cit., p. 190.

Opinión Consultiva de la Corte han sido confirmados y ampliados en posteriores sentencias relacionadas con los medios de comunicación y la libertad de prensa, que sientan precedentes para la expansión del derecho a la información ambiental[47].

La sentencia *Claude Reyes* supone no obstante un avance paradigmático tratándose además de información ambiental y relacionada con un caso cuyos titulares de derechos no son necesariamente pueblos indígenas o tribales.

El caso está relacionado con información sobre un proyecto de deforestación que implicaba un contrato internacional entre el Estado de Chile y una empresa privada extranjera. Con objeto de analizar los potenciales impactos ambientales de dicho proyecto y abrir la posibilidad de supervisión ciudadana, una asociación ambiental había presentado una solicitud de información ante el Estado que incluía, entre otros, datos sobre las obligaciones contractuales contraídas por el Estado respecto a los inversores y empresas extranjeras, la cuantía sometida a dicho contrato, etc.[48] El Estado negó esta información justificándose, según lo explicó en su alegación ante la CorteIDH, en el carácter "confidencial" de la misma y en la protección que la legislación estatal brinda las empresas extranjeras en situaciones como la presente[49].

El laudo sienta un importante precedente porque consideró, entre otras cuestiones, que el derecho de acceso a la información recogido en el artículo 13 de la CADH incluye información que involucra a actores privados, siempre que esta información se encuentre en disposición del Estado y tenga un interés público. También determinó que este derecho comprende una correlativa obligación positiva del Estado de proveer esta información sin que, además, el solicitante tenga que acreditar un interés directo o una afectación personal.

Este derecho, continúa la sentencia, puede ser limitado solamente cuando se cumplan determinados requisitos para limitar su ejercicio, a saber, que la restricción se haga aplicando medidas previstas por ley, en atención a un objetivo legítimo y

[47] Véase CorteIDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) c. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73; CorteIDH. *Caso Herrera Ulloa c. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107; CorteIDH. *Caso Ricardo Canese c. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.
[48] CorteIDH, *Claude Reyes y c. Chile*, op. cit. párrafs. 39 - 41.
[49] *ibid*, párraf. 60.

respondiendo a una "necesidad en una sociedad democrática"[50]. Tras considerar que dichos requisitos no se habían cumplido, la Corte determino la violación del artículo 13 de la CADH[51].

Teniendo en cuenta la creciente participación de empresas privadas (a su vez, con un incremento de capital extranjero) en proyectos de desarrollo con fuertes implicaciones medioambientales[52], la sentencia tiene en este aspecto implicaciones muy relevantes para la jurisprudencia ambiental.

El desarrollo del sistema interamericano ha continuado en esta línea. En 2008, el Comité Jurídico Interamericano adoptó los "Principios sobre el derecho de acceso a la Información", y en 2010, la Asamblea General de la OEA adoptó la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública, que cita en su preámbulo el laudo *Claude c. Reyes*[53].

Asimismo, la CIDH tiene pendiente pronunciarse al menos en relación a dos casos de gran relevancia para el derecho a la información ambiental. El primero y que lleva largo tiempo esperando un informe del Fondo es el caso *Comunidad de La Oroya c. Perú*[54], relacionado con los impactos ambientales y sobre la salud de un complejo metalúrgico gestionado por una filial de una empresa con sede en Reino Unido.

Los altos niveles de toxicidad y la elevada presencia de metales pesados en la sangre especialmente de los niños y niñas (que sufren enfermedades respiratorias crónicas) han llevado a catalogar la Oroya una de las ciudades más contaminadas del mundo[55]. La demanda ante la CIDH alegaba la violación de varios artículos de la CADH, incluido el artículo 13, en relación con una presunta falta de información y manipulación informativa sobre la contaminación ambiental causada por el complejo, así como un

---

[50] *Ibid.* Párrafs. 73, 77, 88 y 91.

[51] *Ibíd.* párraf. 103. Otra sentencia más reciente relacionada con el derecho a la información ambiental, si bien relativo a los derechos de los pueblos indígenas, es Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309.

[52] SCOTT, Inara K. 2000. "The Inter-American System of Human Rights: An Effective Means of Environmental Protection", *Va. Envtl. L.J.* 2000, Vol. 19, p. 200.

[53] OEA, Ley modelo interamericana sobre acceso a la información pública, AG/RES. 2607 (XL-O/10), 8 de junio de 2010.

[54] CIDH, *Comunidad de la Oroya, Perú*, Petición 1473-06, Informe. No 76/09, Admisibilidad, 5 de agosto, 2009.

[55] "La Oroya es la quinta ciudad más contaminada del planeta, según el Instituto Blacksmith", *El Comercio de Perú*, 29 de agosto de 2013; "Informe de La Oroya: cuando la protección de los inversores amenaza los derechos humanos", *SPDA, Actualidad Ambiental*, 8 de mayo de 2013.

presunto hostigamiento contra las personas que trataron de difundir información al respecto.

En 2007, la Comisión dictó Medidas Cautelares a favor de 65 miembros de la comunidad tras reconocer los graves problemas de salud que padecen los beneficiarios a consecuencia de la contaminación causada por la actividad empresarial[56]. En agosto de 2009, la Comisión declaró la petición admisible en relación a la mayoría de los artículos invocados, incluyendo el art. 13[57]. En mayo de 2016, la Comisión amplió las medidas cautelares a otras 14 personas cuya vida e integridad personal estaban en riesgo a causa de su exposición a la contaminación[58].

Muy lamentablemente, la Comisión no se ha pronunciado aún sobre el fondo de un caso que puede ser de gran relevancia para el estudio de la relación causal entre las actividades de una empresa privada y los daños en la salud de una población indígena y no indígena, además de sus vínculos con derechos procedimentales como el derecho a la información.

Otro caso pendiente de gran relevancia es la petición *González Fríes c. Chile*[59], relacionado con información sobre bioseguridad y organismos modificados genéticamente (OMG). La petición considera que el Estado ha violado, entre otros, el artículo 13 de la *Convención* al haber restringido de forma ilegítima el derecho a buscar y recibir información relacionada con los riesgos para la salud humana y el medio ambiente asociados a la liberación de transgénicos al entorno y a su uso como alimento humano y animal[60]. En particular, la demanda refiere a una sentencia judicial que negó el acceso de los peticionarios a esta información alegando el carácter secreto de la misma por haber sido aportada por empresas privadas. En su informe de admisibilidad, la Comisión consideró que los argumentos de las partes presentan "una cuestión jurídica que podría caracterizar la violación del artículo 13 en relación con los artículos 1.1 y 2 de

[56] CIDH, "Medidas cautelares en el caso de La Comunidad de la Oroya", 31 de agosto, de 2007. En CIDH, "Medidas Cautelares otorgadas por la CIDH durante el año 2007", párraf. 50.
[57] CIDH, *Comunidad de la Oroya, Perú*, Informe de Admisibilidad, párraf. 75.
[58] CIDH, Medida Cautelar no 271-05, Ampliación de Beneficiarios Asunto Comunidad de la Oroya con respecto a Perú, 3 de mayo de 2016.
[59] CIDH, *Caso Miguel Ignacio Fredes González y Ana Andrea Tuczek Fries (Chile)*, petición no 406-03, Informe No 14/09 19 de marzo de 2009, Admisibilidad.
[60] *Id.*

la Convención Americana"[61]. Teniendo en cuenta la similitud de este caso y *Claude Reyes*, cabe espera una evolución favorable a los peticionarios.

En definitiva, la CorteIDH considera que "los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar el acceso a la información relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente. Esta obligación debe ser garantizada a toda persona bajo su jurisdicción, de manera accesible, efectiva y oportuna, sin que el individuo solicitando la información tenga que demostrar un interés específico. Además, en el marco de la de protección del medio ambiente, esta obligación implica tanto la provisión de mecanismos y procedimientos para que las personas individuales soliciten la información, como la recopilación y difusión activa de información por parte del Estado"[62]. Este derecho no es absoluto sino que admite las restricciones citadas arriba.

II.2 Derecho a la participación en asuntos ambientales

El derecho a la participación en asuntos ambientales se ha desarrollo especialmente en el contexto de la protección de los derechos de los pueblos indígenas a partir de los derechos a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado (CLPI). La Corte y Comisión han considerado este último derecho como obligatorio bajo la Declaración y Convención Americanas en, al menos, los siguientes supuestos: i. Desarrollo o permiso de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tengan un mayor impacto sobre los territorios de los pueblos indígenas, ii. Casos que impliquen el uso y disfrute de los conocimientos tradicionales indígenas, y iii. Casos que impliquen el traslado de los pueblos indígenas[63].

Este derecho de participación en asuntos ambientales no está tan consolidado en la jurisprudencia interamericana cuando los titulares son comunidades no indígenas[64].

---

[61] CIDH, *Admisibilidad, Fredes González y Tuczek Fries,* párraf. 55.
[62] CorteIDH, "Opinión Consultiva", 2017, parraf. 225.
[63] Por ejemplo, CorteIDH *Caso del Pueblo Saramaka c. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párraf. 134; CIDH, *Mary y Carrie Dann* c. EEUU, op. cit., párrafs. 133-145. CIDH, "Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales", op. cit., párraf. 334.
[64] Se ha apuntado que, a diferencia de la perspectiva específicamente indígena del sistema interamericano, muchas agencias para el desarrollo de la ONU y organizaciones ambientales discuten los derechos de "las comunidades indígenas y locales". Véase SATTERTHWAITE, Margaret y HURWITZ, Deena, "The Right of Indigenous Peoples to Meaningful Consent in Extractive Industry Projects", *Ariz. J. Int'l & Comp. L.*, 2005, Vol. 22, 1, p. 4.

Otros órganos del Sistema Interamericano sí han recogido la importancia de la participación de la ciudadanía en los procesos públicos de toma de decisiones relacionados o que tengan impacto en las condiciones ambientales. En 1991, la OEA publicó un Programa de Acción Interamericano para la Protección Ambiental en el que se recomienda "promocionar la participación coordinada de las organizaciones no gubernamentales y de otros sectores de la sociedad en el esfuerzo regional encaminado a mejorar el medio ambiente y la calidad de vida en la región"[65].

En ausencia de un reconocimiento explícito del derecho de participación, en este apartado se recogen dos vías que se han mostrado útiles para canalizar la tutela de este derecho para sujetos que no pertenecen a comunidades indígenas, a saber:

a) la tutela de los derechos de las defensoras y defensores ambientales en relación con la libertad de asociación,

b) el reconocimiento de los derechos de participación de las comunidades locales (especialmente rurales y campesinas) en función de su estrecha vinculación con la tierra, a partir de una extensión de algunos aspectos de los derechos de participación de los pueblos indígenas.

a) La protección de los derechos de las defensoras y defensores ambientales

Puede decirse que, para que se pueda hablar de una participación efectiva en los asuntos públicos (es decir, que la voz de las personas afectadas sea escuchada y tenga influencia en el proceso decisorios), es necesario, entre otros elementos, garantizar el ejercicio de la libertad de reunión y asociación[66]. En esta relación causal entre participación y asociación, las organizaciones no gubernamentales (y en el caso que nos ocupa, las organizaciones ambientales) juegan un papel fundamental como correa de transmisión o catalizador de la sociedad civil[67]. La libertad de asociación conlleva por

[65] Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), AG/RES.1114 (XXI-0/91) 8 junio, 1991, párrafs *g*, *u*. Referido en (Popovic, 1993), pp. 690-1.
[66] POPOVIC, Neil A.F, "The right to participate in decisions that affect the environment", *Pace Environmental Law Review*, 1993, Vol. 10, 2, p. 691.
[67] PAVONI, Riccardo, "Environmental Jurisprudence of the European and Inter-American Courts of Human Rights: Comparative Insights". En: B. Boer. *The Environmental Dimension of Human Rights*. Oxford, Nueva York: OUP, 2015, p. 69.

tanto garantizar el derecho a crear organizaciones con el fin ejercer actividades para la defensa del medio ambiente y a llevarlas a cabo[68].

De hecho, a estas entidades se les reconoce un papel cada vez más relevante en la gobernanza ambiental, por su rol en la preservación del equilibrio entre el desarrollo y la protección ambiental y en la salvaguarda de los derechos fundamentales frente a amenazas ambientales[69].

En este contexto cobran especial importancia las defensoras y defensores ambientales. La protección de los derechos civiles y políticos de estas personas (incluyendo los derechos a la vida y a la integridad física y el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso) es relevante no sólo como un fin en sí mismo, sino también por el rol que ejercen en la protección de los derechos de las comunidades a defender sus territorios y recursos naturales frente a actividades económicas o de otro tipo.

Siguiendo a la profesora Borrás, las defensoras y defensores ambientales pueden definirse como aquellos individuos o grupos cuyos derechos son vulnerados a causa de su actividad de defensa del medio ambiente, como por ejemplo la oposición a proyectos extractivos, de infraestructura y desarrollo; la defensa de los derechos de las comunidades indígenas y de las minorías; el ejercicio del periodismo o la abogacía en relación a estas cuestiones, o simplemente la defensa del propio derecho a proteger un modo de vida sostenible[70].

Las defensoras y defensores ambientales son sin duda una categoría de defensoras y defensores de derechos humanos[71], que además es especialmente vulnerable al riesgo de padecer atentados, asesinatos o agresiones a manos de agentes estatales y no estatales. Así lo han reconocido los órganos especiales de las Naciones Unidas y la CIDH[72], que

---

[68] POPOVIC, Neil A.F, "The right to participate..: op. cit., p. 699.

[69] CIDH, "Segundo Informe sobre la situación de defensoras y defensores de derechos humanos en las Américas", OEA/Ser.L/V/II, Doc. 66, 31de diciembre 2011, párraf. 311. Sobre el papel de las ONGs en el desarrollo del Derecho Internacional, y sobre todo del Derecho Internacional Ambiental, véase CHARNOVITZ, Steve. "Nongovernmental organisations and International Law", *American Journal of International Law*, 2006, Vol 100, núm.2, pag. 369.

[70] BORRÀS PENTINAT, Susana, "El derecho a defender el medio ambiente: la protección de los defensores y defensoras ambientales". *Derecho PUCP*. Julio de 2013, Vol. 70, pp. 292.

[71] Ver en otros Consejo de Derechos Humanos (CDH), "Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos", 21 de diciembre de 2011, UN Doc. A/HRC/19/55, especialmente párrafs. 60-92, 123-26, y John Knox, "Informe de políticas públicas. Defensores de Derechos Humanos Ambientales: Una crisis global". Febrero de 2017.

[72] CDH, "Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos", op. cit., párrafs. 60-92, 123-26; CIDH, "Segundo Informe sobre la situación de defensoras y defensores de derechos humanos en las Américas", op. cit. pp. 102 y ss.

muestra una creciente admisibilidad de peticiones presentadas por defensoras y defensores ambientales así como una creciente adopción de medidas cautelares[73]. Las cifras demuestran, por desgracia, que esta acción no es suficiente. En 2017, al menos 197 defensoras y defensores de la tierra y los recursos fueron asesinadas, marcando este año como el más mortífero para esta categoría de defensoras y defensores de derechos humanos[74]. La mayoría de estos asesinatos se produjeron en América Latina y en contra personas que resistían actividades industriales, sobre todo en los sectores de la agroindustria y la minería.

Las defensores y defensores ambientales están, por tanto, más expuestos a violaciones a los derechos a la vida, a la integridad física y a la tutela judicial efectiva[75]. Las violaciones de estos derechos tienen además un impacto acentuado en el disfrute del derecho a la participación ambiental debido a dos factores. Por un lado, la impunidad que caracteriza a estas violaciones debido a la falta de diligencia del Estado a la hora de investigar los crímenes y agresiones y, por el otro, a una creciente criminalización contra estas personas, es decir, una creciente utilización del sistema penal como elemento disuasorio y de represalia contra quienes ejercen oposición y denuncia de los impactos negativos de proyectos de desarrollo sobre la ecología, la salud, y el disfrute de los derechos[76].

---

[73] Respecto a medidas cautelares, por ejemplo medidas a favor de los familiares de Javier Torres Cruz, asesinado presuntamente debido a sus actividades en defensa del medio ambiente (México) (MC 334/08, 19 de julio de 2011); medidas a favor de Sandra Viviana Cuéllar, en situación de desaparición presuntamente debido a sus actividades en defensa del medio ambiente, Colombia (MC 150/11, 22de junio 2011); medidas a favor del defensor y ambientalista Mauricio Meza, en Colombia (MC 240/09, 18 de noviembre de 2009); a varios miembros de una asociación, de una radio comunitaria y a un sacerdote en el Salvador, por su activismo en defensa del medio ambiente (MC 239/09, 7 de octubre de 2009); ampliación de medidas a Andrés Tamayo, presidente del Movimiento Ambientalista de Olancho y otros, en Honduras (MC 196/9, 10 de julio de 2009); a favor del sacerdote Marco Arana y de la abogada Mirtha Vásquez y otros miembros de la organización "Grupo de Formación Integral para el Desarrollo Sostenible", (23 de abril de 2007); a favor de Carlos Albacete Rosales y Piedad Espinosa Albacete, codirectores de una organización ecologista, Guatemala (22 de enero de 2007). Ver página oficial de la CIDH en http://www.oas.org/es/cidh/defensores/proteccion/cautelares.asp [último acceso, 9/9/2018].

[74] Datos extraídos del proyecto conjunto entre Global Witness y The Guardian. Ver: Global Witness, "New data reveals 197 land and environmental defenders murdered in 2017", 2 Febrero 2018, accesible en https://www.globalwitness.org/en/blog/new-data-reveals-197-land-and-environmental-defenders-murdered-2017/ (último acceso, 6 de noviembre de 2018).

[75] CIDH, Segundo Informe sobre la situación de defensoras y defensores de derechos humanos", 2011, op. cit.

[76] CIDH, "Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos", 31 de diciembre de 2015, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 49/15, y ver también BORRÀS PENTINAT, Susana, "El derecho a defender el medio ambiente", op. cit. pp. 293-4.

De este contexto se deduce por tanto que, para garantizar el derecho a la participación de las comunidades en la defensa de las condiciones ambientales es necesario proteger la labor que realizan las defensoras y defensores ambientes, especialmente en relación a dos tipos de derechos. Por un lado, los derechos a la vida e integridad física (arts. 4 y 5 CADH) y, por el otro, los derechos a las garantías del debido proceso y de protección judicial (arts. 8 y 25 CADH).

En relación a los derechos a la vida e integridad física, una sentencia paradigmática de la CorteIDH es *Kawas-Fernández c. Honduras* (2009), relacionada con el asesinato de la ambientalista Blanca Jeannete Kawas quien, junto con la ONG que presidía, se enfrentaba a proyectos de desarrollo que afectaban a un parque natural y a un área protegida de Honduras[77]. La relevancia medioambiental de este laudo estriba, entre otros factores, en la relación que la Corte establece entre la vulneración del derecho a la vida (art. 4.1 CADH) y la vulneración del derecho a la libertad de asociación (art. 16 CADH).

La Corte afirma que la libertad de asociación consagrada en el artículo 16 de la CADH comprende el derecho a formar y participar en organizaciones o asociaciones dedicadas a la vigilancia y promoción de los derechos humanos, y el Estado tiene el deber de garantizar las condiciones para el libre ejercicio de esta función[78]. Continúa recordando que la defensa de los derechos humanos incluye los derechos económicos, sociales y culturales, e insiste en "la relación innegable" entre la protección del medio ambiente y la realización de los derechos humanos[79].

Teniendo estos principios en cuenta, y apoyándose en varias sentencias precedentes, la Corte determina que:

"la libertad de asociación sólo puede ejercerse en una situación en que se respete y garantice plenamente los derechos humanos fundamentales, en particular los relativos a la vida y a la seguridad de la persona. *En este sentido, una afectación al derecho a la vida o a la integridad personal atribuible al Estado podría generar, a su vez, una*

[77] Corte IDH. *Kawas Fernández c. Honduras*, op. cit.
[78] *Ibid*, párrafs. 145-146.
[79] *Ibid*, párrafs. 147-148.

violación del artículo 16.1 de la Convención, cuando la misma haya sido motivada en el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de asociación de la víctima"[80].

La sentencia evidencia la relación entre el derecho a la vida y la libertad de asociación en sus dimensiones individual y colectiva. Así, el asesinato de Jeannette Kawas había interferido no sólo en su derecho individual a la libertad de asociación, sino en el ejercicio de este derecho por parte de toda la comunidad, sobre todo debido al efecto intimidatorio que el crimen y la probada impunidad tuvieron sobre el movimiento ambientalista en Honduras[81].

En definitiva, la Cote establece la responsabilidad del Estado por la violación de, entre otros, los derechos a la vida y la libertad de asociación, en relación a la ejecución extrajudicial de Jeannette Kawas y la subsecuente falta de diligencia y obstaculización de la investigación judicial por parte del Estado[82].

En relación a la criminalización de defensoras y defensores ambientales destaca otra conocida sentencia dictada sólo un año después, *Cabrera García y Montiel Flores c. México*[83]. En este laudo la Corte determinó la violación de los derechos a la libertad e integridad personal, las garantías judiciales y la protección judicial de Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores, dos miembros de la Organización Civil de Campesinos Ecologistas de la Sierra de Petatlán y Coyuca de Catalán. El laudo está motivado en la detención ilegal de los campesinos por parte del ejército y la comisión de torturas (con objeto de hacerles admitir delitos por los que posteriormente fueron acusados y condenados) mientras estaban bajo custodia militar, además del incumplimiento de otras garantías del debido proceso.

La Corte reconoció la comisión de torturas y determinó la violación del derecho a la integridad personal (art. 5.1 y 5.2 CADH en relación al artículo 1.1.) por los tratos crueles, inhumanos y degradantes a los que fueron sometidos los demandantes, así como de los artículos 1.6 y 8 de la *Convención Americana contra la Tortura*, por no haber investigado los alegatos de tortura. Respecto al proceso penal seguido contra los demandantes, consideró incumplido del deber de no considerar la validez de confesiones

---

80 *Ibid*, párrafs. 148 y 150. Énfasis añadido.
81 *Ibid*, párrafs. 140.
82 *Ibid*, párrafs. párraf. 155.
83 CorteIDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores c. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

obtenidas bajo tortura (art. 8.3 CADH), así como el artículo 25 de la CADH sobre el derecho a un recurso efectivo, por no permitir que los demandantes impugnasen la competencia de la jurisdicción militar[84].

Lamentablemente, ni la Comisión en su petición ni las víctimas invocaron el artículo 16 sobre libertad de asociación o el artículo 23 sobre derecho de participación política. Ello a pesar de que la demanda de la Comisión reconoce la renombrada actividad de las víctimas como defensoras ambientales integrantes de una asociación y de que recoge el testimonio coincidente de ambos afirmando que, mientras los mantenían bajo detención incomunicada, miembros del ejército los sometieron a un "interrogatorio sobre su activismo en defensa del medio ambiente"[85] .

Es por tanto de lamentar que el laudo de la sentencia no establezca el nexo entre la violación de la integridad personal y de las garantías judiciales de las víctimas y el efectivo disfrute de sus derechos de asociación y participación. Estas lagunas llaman la atención teniendo como precedente el laudo *Kawas Fernández* y tratándose de un caso tan reconocido por la opinión pública, hasta el punto de que Amnistía Internacional había reconocido a los demandantes "presos de conciencia" perseguidos por su actividad en defensa del medio ambiente[86].

La CIDH refiere al caso Cabrera y Montiel en su informe de 2016 sobre "Criminalización de la labor de las defensoras y defensores de derechos humanos", en particular cuando se refiere a las detenciones arbitrarias (probada en este caso). En esta sección, la Comisión afirma claramente que "la práctica sistemática y reiterada de atentados contra la libertad de los miembros de una organización dentro de un clima de hostilidad a sus labores puede llegar a comportar una violación de la libertad de asociación"[87].

---

[84] *ibid*, párrafs. 137; 177; 193 y 204.

[85] CIDH, "Demanda caso Cabrera y Montiel", párrafs. 42-3 y 54. La Demanda también recoge que los dos líderes ambientales recibieron el Premio "Chico Mendes" (ofrecido por la organización ecologista Sierra Club en reconocimiento de las personas o entidades que han demostrado un valor extraordinario en sus esfuerzos por proteger el medio ambiente) y por su parte, Rodolfo Montiel Flores recibió estando preso el premio ecologista Goldman en reconocimiento de su notoria defensa del ecosistema.

[86] Amnistía Internacional, "México. Presos de conciencia: Rodolfo Montiel y Teodoro Cabrera, ecologistas", Abril de 2000, Índice AI: AMR 41/13/00/s.

[87] CIDH, "Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos", op. cit., párrafs. 192-193.

Este informe también alerta de que la ausencia de medidas efectivas de reconocimiento y protección para las defensoras y defensores ambientales ha facilitado un aumento de ataques o procesos de criminalización contra estas personas. La Comisión insta a los Estados a dejar de utilizar las detenciones arbitrarias y otras formas de violación de derechos a la tutela judicial efectiva como mecanismo de represalia en contra de las y los defensores[88].

El documento establece claramente la relación entre la protección de los derechos a la vida e integridad personal, así como los derechos judiciales, de las defensoras y defensores de derechos humanos y los derechos de participación. Así, en sus recomendaciones, la CIDH incluye fortalecer la protección del derecho de participación de las defensoras y defensores de derechos humanos así como de las personas afectadas, o que podrían estar afectadas, en proyectos de desarrollo que impactan en el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales (entre los que se encuentran los derechos relacionados con el medio ambiente)[89].

b) El derecho de participación de las comunidades campesinas y otras comunidades locales

De entrada, en varios informes de países la Comisión ha reconocido la importancia de la participación ambiental de comunidades no indígenas. Por ejemplo, en 1997 analizó el impacto de la explotación petrolífera sobre los derechos a la vida y la salud (artículos I y XI de la Declaración Americana) de los habitantes del interior de Ecuador, incluyendo los derechos de pobladores no indígenas. La Comisión concluyó que "la protección del derecho a la vida y a la integridad física deberá concretarse con medidas *encaminadas a respaldar y acrecentar la capacidad de las personas para salvaguardar y reivindicar esos derechos*. Para lograr una protección eficaz contra las condiciones ecológicas que constituyen una amenaza para la salud humana, *es imperativo que la población tenga acceso a la información, participe en los procesos pertinentes de toma de decisiones y cuente con recursos judiciales*"[90].

---

[88] *id*.

[89] CIDH, "Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos", op . cit. Recomendaciones a los Estados, párraf. 6.

[90] CIDH, "Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador", op. cit., Capítulo VII. Énfasis añadido.

El informe sobre Paraguay de 2001[91] analiza los efectos de la pobreza sobre la salvaguarda de los derechos económicos, sociales y culturales garantizados en la Declaración y en la Convención Americanas. Entre otros, la Comisión recomienda al Estado garantizar la participación de "los pobres y sus defensores" y proteger los recursos naturales ambientales.

El informe de 2007 sobre Bolivia aborda los derechos de los pueblos indígenas *y* comunidades campesinas a sus recursos naturales y a participar en procesos de desarrollo, y destaca la preocupación de la Comisión por que las concesiones a empresas privadas para la explotación de recursos naturales se llevó a cabo "sin los procedimientos de consulta previa e informada a los pueblos indígenas *y comunidades interesadas*"[92].

En este informe de 2007, la Comisión hace una interpretación de la Convención muy evolucionada que puede dar lugar a una aproximación de la jurisprudencia interamericana con el sistema europeo de derechos humanos. Así, se aprecia una interpretación de los derechos procedimentales a la información, participación y justicia en asuntos ambientales como parte del contenido de o requisito para el ejercicio del derecho substantivo a una vida en condiciones dignas (derivado del artículo 2 de la Convención[93]).

Así, la Comisión insiste en el deber de Estado de adoptar las medidas necesarias para proteger a las comunidades indígenas y no indígenas de los impactos causados por los proyectos extractivos, y para sancionar a los responsables. Afirma también que la falta de mecanismos de participación de las personas y grupos afectados por proyectos de concesión obstaculiza una adecuada evaluación de sus impactos. Por último, subraya que la falta de acceso a mecanismos judiciales por los que las comunidades afectadas puedan denunciar los impactos sufridos las expone a una mayor vulnerabilidad. En conclusión, el Informe recomienda al Estado:

a. Garantizar, de conformidad con sus obligaciones internacionales sobre la materia, la participación de los pueblos indígenas y las comunidades afectadas en los proyectos de exploración y explotación de los recursos naturales.

---

[91] CDIH, "Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay", Doc. OEA/Ser.L/V/II.110, Doc. 52, 9 Marzo 2001, Capítulo V, párraf. 48

[92] CIDH, "Acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia", Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 Junio 2007, párraf. 250, 'énfasis añadido.

[93] CIDH, "Acceso a la justicia e inclusión social", op. cit. párraf. 253.

b. Implementar mecanismos de participación en los procesos de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) que permitan identificar efectos sobre los derechos a la vida e integridad personal, y

c. Garantizar el acceso a un recurso judicial adecuado y efectivo para la impugnación de daños ambientales que permitan a las personas afectadas obtener remedio por los daños sufridos[94].

De profundizar en esta interpretación, la jurisprudencia del Sistema Interamericano se aproximaría a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). El TEDH ha reconocido el derecho de participación como uno de los componentes procedimentales de derechos substantivos, en concreto de los derechos a la vida y a la vida privada y familiar protegidos en los artículos 2 y 8 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. La jurisprudencia de este tribunal ha definido la participación como el derecho del público a participar en el proceso de toma de decisiones sobre asuntos o actividades que puedan afectar el ejercicio de estos derechos, entre otros motivos, debido a sus impactos ambientales.

La participación en el ámbito europeo está relacionada por tanto con el ámbito de las obligaciones positivas de los Estados, que derivan de su deber de tomar todas las medidas adecuadas y razonables para garantizar el ejercicio de los derechos recogidos en el *Convenio*. En síntesis, estas obligaciones comprenden[95]:

Realizar evaluaciones de impacto ambiental ante decisiones que puedan afectar los derechos de las personas, e informar al público afectado de las conclusiones;

Garantizar la participación informada de la población afectada o potencialmente afectada en tales evaluaciones;

Garantizar a tales individuos la capacidad de recurrir ante instancias adecuadas el resultado de la decisión u otras cuestiones que consideren infrinjan sus derechos.

Por la descripción de los elementos citados, se aprecia que el contenido del derecho a la participación entronca en su último elemento con el derecho de acceso a la

---

[94] *Ibid*, párrafs, 254 y 297, Recomendaciones 5, 6, y 7.

[95] TEDH, *Hatton y Otros c. Reino Unido*, 2003, op.cit. párraf. 128; *Tătar c. Rumanía,* no 67021/01, Sentencia de 27 de enero de 2009, párrafs. 87-8.; *Taşkın c. Turquía*, op. cit. párrafs. 118-9, *Dubetska y Otros c. Ucrania*, no 30499/03, Sentencia de 10 de febrero de 2011, párrafs. 142-143; *Grimkovskaya c. Ucrania*, no 38182/03, Sentencia de 21 de julio de 2011, párrafs. 65-73; Al respecto, ver ANTON, Donald K. y SHELTON, Dinah L., *Environmental Protection and Human Rights*, op. cit. p. 381.

justicia. En efecto, en gran parte de la jurisprudencia del TEDH, el incumplimiento del Estado con una sentencia judicial o resolución administrativa respecto a procesos de impacto ambiental puede determinar, además de la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, la violación de un derecho substantivo diferente (en estos casos, normalmente el derecho a la vida privada y familiar, artículo 8 del CEDH[96]).

La definición del derecho de reclamar ante las cortes como un contenido del derecho de participación en asuntos ambientales refleja la aplicación del Convenio de Aahrus, en particular los principios relativos con el acceso a la justicia y establecidos en su artículo 9 (que sigue los términos establecidos en el Principio 10 de la "Declaración de Río"). El Convenio de Aahrus es una importante fuente de referencia en la solución de controversias ambientales en los sistemas interamericano y europeo de derechos humanos. En este sentido, la adopción en 2018 del "Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe", aumenta las posibilidades para un mayor desarrollo de los derechos de participación en el sistema interamericano.

A tenor de lo expuesto en estas páginas, puede sostenerse que hay elementos para avanzar hacia un reconocimiento de los derechos de participación de las comunidades locales (campesinas y otras) en las decisiones que les afectan. Así lo defienden ya varias organizaciones jurídicas y ambientales[97].

Puede afirmarse que hay argumentos para defender la existencia de este derecho para las comunidades locales con fuerte dependencia de sus territorios y recursos naturales, en tanto que la salvaguarda de las condiciones ambientales puede ser también un requisito para la protección de algunos de sus derechos substantivos (como la vida, integridad física, etc.). La CorteIDH ha reconocido este nexo condicional en varias sentencias, en las que ha determinado que los derechos de propiedad comunal de los pueblos indígenas, con base en el artículo 21 de la CADH y que comprenden *inter alia*

---

[96] Por ejemplo, *Grimkovskaya c. Ucrania*, op. cit. párraf. 69.

[97] CENTRO PARA LA DEFENSA DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL (CIEL), "Defensoras y Defensores ambientales en peligro. La situación en México y Centro América en el Ámbito de la Industria Minera", CIEL Publications, 2010, p. 21; CENTRO MEXICANO DE DERECHO AMBIENTAL (CMDA), "Grandes Proyectos de desarrollo y las/los defensores de derechos humanos", Informe presentado a la Relatora Especial sobre Defensores de Derechos Humanos, 24 de junio de 2013, pp. 4, 5 y 7-8. En el mismo sentido, ver BORRÀS PENTINAT, Susana, "El derecho a defender el medio ambiente", op. cit. p. 323.

derechos de participación, son aplicables a comunidades tradicionales no indígenas, en virtud de su "relación omnicomprensiva" con la tierra y los recursos[98].

En definitiva, lo que la Corte hace es reconocer que, cuando ciertas comunidades presentan determinados rasgos distintivos (entre ellos una relación física, cultural y/o espiritual con sus territorios) que las hacen diferentes del resto de la sociedad en la que se encuentran, ciertos derechos reconocidos a los pueblos indígenas son aplicables a éstas. En este sentido, en América Latina es una realidad la existencia de comunidades locales y campesinas a las que se les reconoce elementos distintivos en su forma de relacionarse como sociedad y con el entorno, y que presentan formas de vida tradicionales[99] .

En este contexto, los discursos que de forma creciente demandan el reconocimiento y protección de los derechos de participación ambiental (especialmente, el derecho a la consulta) de las comunidades campesinas y afro-descendientes en América Latina[100] reflejan también un creciente reconocimiento y protección legal de la participación de las comunidades locales, incluyendo pueblos indígenas pero no éstos en exclusiva, en los procesos decisorios de carácter ambiental. Según informes de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (ECLAC), dos décadas después de la Conferencia de Río, la mayoría de los países de la región han incorporado a su derecho interno el Principio 10 sobre derechos de participación adoptando provisiones jurídicas sobre participación de la ciudadanía en asuntos ambientales[101].

Un claro avance en esta cuestión es la "Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los campesinos y de otras personas que trabajan en zonas rurales"[102], adoptado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en septiembre pasado. La Declaración describe a un "campesino" como una persona que se emplea por sí misma o en asociación con otras, o en comunidad, en la producción agrícola a pequeña escala con

---

98 Corte IDH. *Comunidad Moiwana c. Surinam*, op. cit., párrafs. 132-133; Corte IDH, *Caso Comunidad Saramaka c. Surinam*, op. cit., párraf. 86.

99 Véase GRIMSON, Alejandro, BIDASECA, Karina (coords), *Hegemonía Cultural y Políticas de la Diferencia*. Buenos Aires: CLACSO, 2013.

100 Véase por ejemplo QUESADA TOVAR, Carlos Erin, *Derecho a la consulta previa para Comuniades Campesinas*, Trabajo final de investigación. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia, 2013.

101 Comisión Económica para la América Latina y el Caribe (CEPAL), "Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe: hacia el logro de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", Naciones Unidas, LC/TS.2017/83, 2018.

102 Resolución A/HRC/39/L.16 sobre "Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales", adoptada en durante el 39º Periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, el 26 de septiembre de 2018.

fines de subsistencia o con fines comerciales y que tiene una especial dependencia y vinculación con la tierra. El texto se aplica a pueblos indígenas y a comunidades locales que trabajan sobre la tierra, incluyendo comunidades nómadas o semi-nómadas, trashumantes, y personas sin tierra.

La Declaración establece los derechos de los campesinos y personas rurales a disfrutar de los derechos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y de otros instrumentos de derechos humanos aplicables (art. 3.1) y elabora el contenido de ciertos derechos substantivos. También reconoce los derechos a la información, (art.11) y participación (ver abajo) en los procesos que afecten sus tierras, recursos y condiciones y de vida, así como el acceso a la justicia para reclamar ante la vulneración de los derechos recogidos en el instrumento (art. 12).

Asimismo, establece deber de los Estados de consultar de buena fe con los campesinos y personas trabajadoras de las zonas rurales en relación a la adopción o implementación de legislación, políticas, acuerdos internacionales y otros procesos decisorios que puedan afectar sus derechos. Esta obligación incluye garantizar la **participación activa, libre, efectiva e informada de los individuos** y grupos en los procesos decisorios (arts. 2.3 y 10). Por lo tanto, extiende los derechos que han sido tradicionalmente aplicados a los pueblos indígenas a comunidades no indígenas, aspecto que también desarrolla respecto del derecho a determinar sus prioridades y estrategias de desarrollo (art. 3.3.)

Lo mismo ocurre con el derecho de las comunidades a tener acceso y utilizar sus recursos naturales y participar en la gestión de tales recursos (art. 5). Entre las obligaciones correlativas del Estado, se incluye el deber de realiza runa evaluación social y ambiental de los proyectos relativos a la explotación de los recursos naturales, realizar consultas de buena fe, y garantizar el reparto justo y equitativo de los beneficios de tal explotación. Estas obligaciones han sido consolidadas en la jurisprudencia interamericana en relación a los derechos de los pueblos indígenas[103], aunque la Declaración aporta un enfoque de género (art. 4) que estaba ausente.

En definitiva, atendiendo a los (aún insuficientes) avances en la jurisprudencia de la Comisión y Corte Interamericanas, al desarrollo de la noción de los derechos de las

[103] Por ejemplo, CorteIDH, *Saramaka c. Suriname*, op. cit. pp. 288-9.

defensoras y defensores ambientales a través del trabajo de la Comisión Interamericana, así como a la evolución de propuestas como la "Declaración de derechos de los campesinos" en el seno de las Naciones Unidas, se puede sostener que hay elementos para avanzar hacia un reconocimiento de los derechos de participación de las comunidades locales no indígenas en las decisiones que las afectan.

La CorteIDH se expresa en este sentido en su Opinión Consultiva de 2017, al afirmar que: "del derecho de participación en los asuntos públicos, deriva la obligación de los Estados de garantizar la participación de las personas bajo su jurisdicción en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, sin discriminación, de manera equitativa, significativa y transparente. (…)"[104].

Respecto al contenido del derecho, concluye que el Estado debe garantizar la participación desde las primeras etapas del proceso de adopción de decisiones e informar al público; asimismo, los mecanismos de participación son variados e incluyen, entre otros, mecanismos de revisión judicial[105].

CONCLUSIONES

Al igual que ha ocurrido en el sistema europeo de derechos humanos, el Sistema Interamericano ha experimentado una "ecologización" de su jurisprudencia que ha brindado una creciente protección de las condiciones ambientales. La Corte y Comisión Interamericanas reconocen que la degradación ambiental puede afectar el ejercicio de derechos fundamentales como la vida, la salud, y, en el caso de los pueblos indígenas, el derecho a la propiedad. Asimismo, estos órganos han reconocido que el ejercicio de los derechos de información, participación y justicia es una herramienta para preservar las condiciones ambientales.

Esto ha permitido un desarrollo progresivo de tales derechos participativos, acompañada de la identificación de obligaciones positivas de los Estados (en este caso, principalmente, proporcionar información ambiental aunque afecte a actores privados y garantizar el ejercicio de las personas a participar en decisiones que puedan tener impacto

[104] CorteIDH, Opinión Consultiva OC-23/17, op. cit. párraf. 231.
[105] *Ibid*, párraf. 232.

ambiental y a reclamar a instancias judiciales cuando consideran que tales actividades han afectado sus derechos). Respecto al derecho a la información,

Cuando se trata de titulares de derechos que no son pueblos indígenas, la CIDH y CorteIDH han amparado el derecho de participación a partir de la salvaguarda de la libertad de asociación, y en este punto ha sido subrayado el papel de las defensoras y defensores ambientales y la necesidad de proteger su labor frente a atentados contra su vida y seguridad, así como frente a una creciente criminalización a partir de un abuso del sistema penal, en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso.

Estos desarrollos sitúan a la jurisprudencia interamericana en una posición muy avanzada. No obstante, es necesario avanzar en el reconocimiento de los derechos de participación de las comunidades locales (campesinas y otras) que no son indígenas. A día de hoy, puede decirse que hay elementos para hacer este desarrollo al reconocer que estas comunidades tiene una relación especial y de dependencia con la tierra y los recursos de tal forma que una degradación de estos puede afectar en otros derechos como la vida, la salud o la propiedad. Este desarrollo está apoyado en jurisprudencia de la CorteIDH, es defendido por voces de autoridad y actualmente se está desarrollando en el seno de la Naciones Unidas en el marco de la Declaración de los derechos de los campesinos.

BIBLIOGRAFÍA

AMNISTÍA INTERNACIONAL, "México. Presos de conciencia: Rodolfo Montiel y Teodoro Cabrera, ecologistas", Abril de 2000, Índice AI: AMR 41/13/00/s.

ANTON, Donald K. y SHELTON, Dinah L., *Environmental Protection and Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

ASETE MUÑOZ, Sandra. 2009. "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: avances y retos". En: Carlos R. Fernández Liesa (dir.). *Tribunales internacionales y espacio iberoamericano*. Navarra: Thomson Civitas, 2009.

BORRÀS PENTINAT, Susana, "El derecho a defender el medio ambiente: la protección de los defensores y defensoras ambientales". *Derecho PUCP*. Julio de 2013, Vol. 70.

BOYLE, Alan. 2012. "Human Rights and the Environment: Where next?", *The European Journal of Environmental Law*. 2012, Vol. 23, 3.

BUERGENTHAL, Thomas, "La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número especial en conmemoración del 40° aniversario de la DADH, 1989.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *International law for humankind: towards a new jus gentium (II : general course on public international law*. s.l.: Brill Academic Publishers, 2005. Vol. 317.

CHARNOVITZ, Steve. "Nongovernmental organisations and International Law", *American Journal of International Law*, 2006, Vol 100, núm. 2.

CENTRO PARA LA DEFENSA DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL (CIEL), *Defensoras y Defensores ambientales en peligro. La situación en México y Centro América en el Ámbito de la Industria Minera*, CIEL Publications, 2010.

CENTRO MEXICANO DE DERECHO AMBIENTAL (CMDA), "Grandes Proyectos de desarrollo y las/los defensores de derechos humanos", Informe presentado a la Relatora Especial sobre Defensores de Derechos Humanos, 24 de junio de 2013.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA LA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL), "Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe: hacia el logro de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", Naciones Unidas, LC/TS.2017/83, 2018.

COURTIS, Christian, "Litigating Environmental Disputes in the Inter-American Human Rights System: Eight Strategic Approaches", *Human Rights and International Legal Discourse*. 2008,Vol. 2.

ESPINOSA, Adriana, "La justicia ambiental, hacia la igualdad en el disfrute del derecho a un medio ambiente sano", *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 16, julio 2012.

FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. 2013. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en perspectiva histórica*. Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 2013.

Global Witness, "New data reveals 197 land and environmental defenders murdered in 2017", 2 Febrero 2018, accessible en https://www.globalwitness.org/en/blog/new-data-reveals-197-land-and-environmental-defenders-murdered-2017/ (último acceso, 6 de noviembre de 2018).

GOMÍS CATALÁ, Lucía, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Pamplona: Arazandi, 1998.

GRIMSON, Alejandro, BIDASECA, Karina (coords), *Hegemonía Cultural y Políticas de la Diferencia*. Buenos Aires: CLACSO, 2013.

KRAVCHENKO, Svitlana, "Environmental Rights in International Law: Explicitly Recognized or Creatively Interpreted", *Florida A & M University Law Review*, 2012, Vol. 7, 2.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando y ZAVALA SALGADO, Jorge. 2009. La protección internacional del medio ambiente. En: Manuel Díez de Velasco. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 17ª ed. Madrid: Tecnos, 2009.

PAVONI, Riccardo, "Environmental Jurisprudence of the European and Inter-American Courts of Human Rights: Comparative Insights". En: B. Boer. *The Environmental Dimension of Human Rights*. Oxford, Nueva York: OUP, 2015.

POPOVIC, Neil A.F, "The right to participate in decisions that affect the environment", *Pace Environmental Law Review.* 1993, Vol. 10, 2.

QUESADA TOVAR, Carlos Erin, *Derecho a la consulta previa para Comuniades Campesinas*, Trabajo final de investigación. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia, 2013.

QUISPE REMÓN, Florabel. *El debido proceso en el Derecho internacional y en el sistema interamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

SATTERTHWAITE, Margaret y HURWITZ, Deena, "The Right of Indigenous Peoples to Meaningful Consent in Extractive Industry Projects", *Ariz. J. Int'l & Comp. L.*, 2005, Vol. 22, 1.

SANDS, Philippe, *Principles of International Environmental Law*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SCOTT, Inara K. 2000. "The Inter-American System of Human Rights: An Effective Means of Environmental Protection", *Va. Envtl. L.J.* 2000, Vol. 19.

SHELTON, Dinah L. "Environmental rights and Brazil's obligations in the Inter-American human rights system", *Geo. Wash. Int'l L. Rev*. 2008, Vol. 40, 3

SHELTON, Dinah L., "Resolving Conflicts between Human Rights and Environmental Protection: Is there a Hierarchy?", en Erika De Wet y Jure Vidmar. *Hierarchy in International Law: The Place for Human Rights*. Oxford: OUP, 2012.

SCHUTTER, de, Olivier, "The Host State. Improving the monitoring of international investment agreements at the national level", En Olivier De Schutter, Johan F M Swinnen y Jan Wouters, *Foreign direct investment and human development: the law and economics of international investment agreements*. New York: Routledge, 2013

SIMMA, Bruno. 2011. "Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?", *International and Comparative Law Quarterly*. 2011, Vol. 60, 3.

Revista Electrónica Iberoamericana ISSN: 1988 - 0618
http://www.urjc.es/ceib/ Vol. 13, Edición Especial, 2019

INTEGRACIÓN Y DERECHOS HUMANOS: REFLEXIONES SOBRE INDIGENISMO JURÍDICO Y PUEBLOS INDÍGENAS A LA LUZ DE LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ DE 1948*

INTEGRATION AND HUMAN RIGHTS: REFLECTIONS ON LEGAL INDIGENISM AND INDIGENOUS PEOPLES IN THE LIGHT OF THE BOGOTÁ DECLARATION OF 1948

J. Daniel Oliva Martínez[1]

Universidad Carlos III, España

RESUMEN

El contexto asociado a la adopción de la Declaración Americana de derechos y deberes del hombre en Bogotá (1948) en materia indígena estuvo caracterizado por el auge de las teorías, instituciones y normas jurídicas de índole indigenista que tenían como objetivo favorecer la integración de los indígenas, siempre desde postulados paternalistas, asistencialistas y aculturadores. Este artículo se centra precisamente en el análisis de los principales instrumentos jurídicos de derechos humanos de la época que se ocuparon directa o indirectamente de los pueblos indígenas y en el análisis también del origen, naturaleza, propósitos y práctica de la principal organización interamericana que impulsó

* Dedico este trabajo a la memoria del profesor Fernando M. Mariño, quien me ofreció en el año 1998 la oportunidad de trabajar junto a él en el área de Derecho Internacional Público de la Universidad Carlos III de Madrid, cuando yo era un joven investigador recién llegado de varias estancias y trabajos de campo entre comunidades indígenas de diferentes países de América Latina. Muy pronto se convirtió en el director de mi tesis doctoral que se centró en la protección internacional de los derechos de los pueblos indígenas. Durante estos veinte años transcurridos fueron muy numerosos los tiempos y las conversaciones compartidas, fundamentalmente en los dos despachos que ocupó en la Universidad, aunque también en trayectos de coche, congresos científicos o en eventos académicos y sociales de diferente tipo. En aquellas conversaciones además de las cuestiones propias de nuestra disciplina y de algunos sinsabores de la vida universitaria, hablábamos sobre múltiples asuntos y cuestiones entre las que se colaban reflexiones de todo tipo y en las que nos apoyábamos en la filosofía, la historia, la antropología, la sociología, la psicología, la ciencia política, la literatura, la teología o incluso la mitología. En este artículo he intentado dar lo mejor de mí como investigador universitario, consultando múltiples archivos y bibliotecas en España y en América Latina para recopilar información y documentación de primer nivel (alguna de ella elaborada o escrita hace mucho tiempo) para entender mejor el indigenismo jurídico e institucional americano y los principales instrumentos de derechos humanos de la época tratada, incluida la Declaración de Bogotá. Sirva pues este esforzado trabajo de homenaje a Fernando Mariño y de reconocimiento a todo lo positivo que me aportó y a todo aquello que aprendí de él.

[1] Antropólogo y jurista, profesor titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales y Codirector del Título de Experto en Pueblos Indígenas, Derechos Humanos y Cooperación Internacional y de la Cátedra de Pueblos Indígenas (Universidad Carlos III de Madrid).

el desarrollo de las las legislaciones y las políticas públicas indigenistas en los países del continente. Todo ello, tomando como punto de partida el estudio de la Declaración de Bogotá y de otros instrumentos relacionados como la Carta de Garantías Sociales en la que encontramos disposiciones explícitas destinadas a la protección de los pueblos indígenas.

ABSTRACT

The context associated with the adoption of the American Declaration of rights and duties of man in Bogotá (1948) in indigenous matter was characterized by the rise of theories, institutions and legal norms of indigenist nature that aimed to promote the integration of indigenous people, always from paternalistic postulates, assistants and acculturators. This article focuses precisely on the analysis of the main legal instruments of human rights of the time that were directly or indirectly occupied by indigenous peoples and in the analysis also of the origin, nature, purposes and practice of the main inter-American organization that promoted the development of the legislations and indigenist public policies in the countries of the continent. All this, taking as a starting point the study of the Declaration of Bogotá and other related instruments such as the Charter of Social Guarantees in which we find explicit provisions aimed at the protection of indigenous peoples.

PALABRAS CLAVE: Pueblos indígenas, integración, Declaración de Bogotá, Instituto Indigenista Interamericano, derechos humanos

KEY WORDS: Indigenous peoples, integration, Declaration of Bogotá, Inter-American Indigenist Institute, human rights

SUMARIO: 1. UN LIMITADO TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN INDÍGENA EN LOS PRIMIGENIOS INSTRUMENTOS GENERALES DE DERECHOS HUMANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO 2. LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL INCIPIENTE SISTEMA INTERAMERICANO. 3. LA CELEBRACIÓN DEL PRIMER CONGRESO INDIGENISTA INTERAMERICANO Y LA PROPUESTA FINAL DE CREACIÓN DEL INSTITUTO INDIGENISTA INTERAMERICANO. 4. NATURALEZA, PRINCIPIOS Y PROPÓSITOS DEL INSTITUTO INDIGENISTA INTERAMERICANO SEGÚN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE PÁTZCUARO. 5. EL PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN, LOS

PROCESOS DE ACULTURACIÓN Y LOS DERECHOS DE LOS INDÍGENAS EN EL CONTEXTO DEL INDIGENISMO OFICIAL Y JURÍDICO INTERAMERICANO.

* * *

1. UN LIMITADO TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN INDÍGENA EN LOS PRIMIGENIOS INSTRUMENTOS GENERALES DE DERECHOS HUMANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO

Tratar la cuestión de los pueblos indígenas con el pretexto del 70 aniversario de la adopción de la Declaración Americana de derechos y deberes del hombre, nos debe llevar a reconocer inicialmente que el mencionado instrumento no recogió referencia explícita a estos pueblos, ni a sus necesidades particulares, ni por supuesto a sus derechos específicos. Como ocurriría unos meses después en el marco de las Naciones Unidas el enfoque en el reconocimiento de derechos humanos fue esencialmente individualista y general, de tal manera que no hubo referencias a derechos colectivos y tampoco a derechos específicos para los integrantes de etnias o grupos diferenciados.

Era algo lógico si tenemos en cuenta que la doctrina imperante en esas fechas era precisamente la de los derechos generales individuales, la de los derechos de las personas, la de los derechos del "hombre"… tal y como recogía precisamente, en un lenguaje hoy desfasado, la Declaración de Bogotá en un contexto vinculado a la creación de la OEA. Tras la segunda guerra mundial que se originó, entre otras causas, con el argumento hitleriano de proteger a las minorías alemanas asentadas en otros países europeos y tras las consecuencias trágicas que tuvo para el conjunto de la humanidad el racismo inspirado en supremacismos identitarios de orden comunitarista, todo lo que reflejase, desde el punto de vista del discurso y la práctica de los derechos humanos elementos o componentes colectivos o grupales, era en gran medida desechado.

Ahora bien, que inspirada en el individualismo hegemónico la mencionada Declaración no se ocupara específicamente de los pueblos indígenas no significa por supuesto que no recogiera determinados enunciados o disposiciones de especial importancia para estos pueblos o que incluso se antecediera, de manera más o menos indirecta, a algunos conceptos que los indígenas han hecho hoy suyos.

Así, desde las propias consideraciones de partida en la Declaración, nos encontramos con unas interesantes referencias a como las instituciones jurídicas y políticas rectoras de la vida en sociedad, deben tener como fin principal, además de la protección de los derechos esenciales del hombre, la creación de circunstancias que le permitan *progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad*[2]. A mi juicio en esa unión entre las dimensiones espirituales y materiales del progreso humano y en esa mención a la felicidad como fin último, encontramos una clara conexión, superando la lógica distancia temporal, con algunas de las reivindicaciones de los pueblos indígenas de nuestro tiempo por ejemplo en lo relativo al *buen vivir*.

El llamamiento que se hace en el preámbulo a que los hombres deben conducirse (vivir) fraternalmente los unos con los otros, podemos encontrar también conexión inspiradora en las redes de solidaridad, ayuda mutua y reciprocidad tan presentes entre las culturas originarias de América. Igualmente ese espíritu recogido en el propio título de la Declaración y desarrollado de manera inicial en el preámbulo que vincula reconocimiento de derechos pero también instauración de deberes para con la comunidad, resulta coherente con las cosmovisiones de los pueblos indígenas[3] que vinculan los derechos humanos a la protección de los intereses de sus comunidades y la naturaleza, que precisamente se proponen preservar y proteger corresponsablemente.

La parte dispositiva consagra un principio de igualdad y no discriminación por motivos (entre otros) de raza, idioma o religión, lo que en el contexto de la época reconocía, al menos indirectamente, el respeto por la identidad diferenciada de los pueblos indígenas (que sufrían discriminación generalizada), desde luego en lo que al

[2] Las cursivas son nuestras. La redacción exacta fue la siguiente: "Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad".

[3] El preámbulo recoge textualmente "Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad. Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan. Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría. Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu. Y puesto que la moral y buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre".

tratamiento por parte de la justicia se refiere[4]. Esto es reforzado en el artículo III de la Declaración centrado en el derecho de libertad religiosa, a manifestarla y practicarla en público, elemento esencial para la cultura de los pueblos indígenas que tiene una carga espiritual de especial trascendencia para su vida comunitaria. No olvidemos que las creencias indígenas son el fundamento de gran parte de su vida cultural y su relación con el entorno.

Los pueblos indígenas dan mucha importancia a la familia, mucho más desde luego que las culturas occidentales. Es cierto que las familias indígenas son ampliamente extensas y constituyen en sus comunidades la primera estancia social y la base de su convivencia. Las familias indígenas son además muy diversas, configurándose en muchas ocasiones como familias de componentes tribales o clánicos, es decir hay una identificación familiar con la tribu o el clan, existiendo todavía en algunos lugares familias polígamas en las que se práctica la poliginia o la poliandria de orígenes matriarcales, y todas ellas están estructuradas sobre la base de principios y valores ancestrales que se han mantenido en gran medida a lo largo del tiempo y que sirven de fundamento a sus cosmovisiones particulares. Además, sirven las familias indígenas, especialmente de marcos de protección para sus integrantes y, mucho más que en otras familias de otras culturas de cuidado para los ancianos (más adelante volvemos sobre esto). Es también en la familia donde los niños indígenas, que en muchas ocasiones no acuden al colegio, se socializan en las costumbres comunitarias. Ante la ausencia de una escolarización temprana sirve pues la familia indígena para la finalidad principal y última de promover los procesos de endoculturación y la inmersión de los pequeños en la tradición y los valores ancestrales de vida. El artículo VI de la Declaración de Bogotá precisamente consagra el derecho de toda persona a constituir una familia, como elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección de ella, lo que constituye por todo lo expuesto una disposición especialmente relevante para los intereses de los pueblos indígenas.

La participación de los pueblos indígenas en la vida comunitaria de sus comunidades, gozar del patrimonio cultural material e inmaterial y de los conocimientos ancestrales es la condición de posibilidad para que los pueblos indígenas puedan mantener su identidad diferenciada. Para ello encontraron, en términos de derechos individuales, un primer

[4] Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna. Derecho de igualdad ante la Ley. Artículo II

respaldo en el sistema interamericano naciente, con el artículo XIII de la Declaración de Bogotá[5]. Este mismo artículo establece también una innovadora protección a la propiedad intelectual, algo de especial interés para los indígenas que en la actualidad reclaman que sus creaciones y conocimientos tradicionales no sean objeto de utilización por personas, entidades o empresas ajenas a sus comunidades. Si bien es cierto que la construcción actual de los derechos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas, se ha realizado, sobre bases colectivas (entienden que la propiedad intelectual es de la comunidad) y por lo tanto el nivel de protección ofrecido por la Declaración es limitado, no dejó de suponer una temprana disposición que indudablemente marcaba un camino[6].

Una de las demandas todavía activa entre los pueblos indígenas es que se les facilite el acceso a la justicia, que los operadores jurídicos sean sensibles a su identidad diferenciada, que cuenten en los procesos judiciales con peritajes antropológicos y traductores que conozcan el idioma indígena, así como que el sistema judicial reconozca su Derecho consuetudinario y a sus autoridades tradicionales. El artículo XVIII de la Declaración de Bogotá reconoció, desde una perspectiva general, el "derecho a la justicia" y en alguna medida, sentó las bases de las posteriores reivindicaciones indígenas en este campo[7], al demandar el derecho al Derecho propio, a la justicia indígena.

Por su parte el derecho a la propiedad consagrado en la Declaración de Bogotá asume un contenido meramente individualista lo que se debe contraponer a la concepción colectivista de los bienes que prima en el mundo indígena. Y ese mismo enfoque limitado se proyectó posteriormente en el Pacto de San José. Hemos tenido que esperar a interpretaciones avanzadas llegadas mucho más recientemente desde la Comisión Interamericana o la propia Corte, para que en el sistema interamericano se reconozca un derecho de propiedad colectiva a los pueblos indígenas[8]. Concretamente el artículo XXIII

[5] Artículo XIII. Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos. Derecho a los beneficios de la cultura.

[6] El artículo XII sigue así: "Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor".

[7] Concretamente se recogió: Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

[8] Fundamentalmente desde la sentencia del caso Awas Tigni contra Nicaragua del año 2001 que inauguró una jurisprudencia sensible a las demandas de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano con proyección en otros sistemas regionales de protección como el africano o en el propio sistema universal de las Naciones Unidas. Todo ello a partir de un interpretación avanzada y progresista de algunas disposiciones

recogía "Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar".

En la sección de la Declaración de Bogotá relacionada con los deberes encontramos algunas interesantes disposiciones desde la perspectiva de los pueblos indígenas. Por ejemplo, aquella que en el artículo XXX se recoge que "toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten". Si bien el deber de cuidar a los hijos menores de edad es importante, en este caso damos más relevancia a la cuestión de la asistencia a los padres. Como es conocido frente a un cierto tratamiento desvalorizador que se otorga en occidente a los ancianos, los pueblos indígenas promueven un respeto casi sagrado a los mayores, a los que se identifica comunitariamente con la sabiduría. Los abuelos son aquellos que son los depositarios de la tradición, de los conocimientos ancestrales. Consecuentemente ocupan un lugar importante, tanto real como simbólico, al interior de las comunidades indígenas. Por ello, ese deber de proteger a los padres que se recoge en la Declaración conecta plenamente con las tradiciones indígenas más extendidas y todavía afortunadamente consolidadas. Por otro lado también podemos destacar el deber de servir a la comunidad que se extrapola del genérico artículo XXXIV[9].

Ciertamente no podemos desligar la Declaración de Bogotá del instrumento que se adoptó formalmente un año antes en Río de Janeiro, la denominada Carta de Garantías Sociales, también conocida como la Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador donde los delegados de los Estados americanos sí decidieron incluir referencias explícitas a los pueblos indígenas.

Como bien conocemos este instrumento internacional no sólo fue un importante antecedente en el plano regional, sino también contribuyó en los esfuerzos que se venía implementando en el seno de las Naciones Unidas y de la Organización Internacional del Trabajo por regular internacionalmente los derechos de los trabajadores. Por cierto, no debemos olvidar que fue precisamente en el marco de la OIT en el que ya en los años 20

del Pacto de San José en un contexto incipiente de reconocimiento de los derechos específicos de los pueblos indígenas.

[9] El artículo se refiere a los deberes civiles y militares para con la comunidad y la nación.

se dispuso a favor del reconocimiento de los derechos de los trabajadores indígenas, adoptándose diferentes convenios enfocados en el plano laboral. Años después en 1957, la OIT adoptaría el Convenio 107 sobre integración y protección de las poblaciones indígenas que, desde el enfoque paternalista y tutelador propio de la época, estableció las bases convencionales de un estatuto internacional general de protección para los pueblos indígenas[10] y no ya limitado a los derechos laborales[11].

La Carta de Garantías Sociales regula a lo largo de sus 39 artículos casi la totalidad de los principales temas relacionados con los derechos sociales, especialmente los laborales, que por supuesto tanta importancia tienen para los indígenas, sometidos históricamente a condiciones de discriminación en el plano social y laboral. Uno de los objetivos de la Carta fue reconocer los principios fundamentales que deben amparar a todos los trabajadores del continente americano estableciendo el mínimum de derechos que deben gozar[12]. Los principios básicos que se reconocieron fueron: el principio de no discriminación por razón de sexo (artículo 1); que el trabajo es una función social, goza de la protección especial del Estado y no debe considerarse como artículo de comercio (artículo. 2 letra a); el principio de que a igual trabajo debe corresponder igual remuneración, cualquiera que sea el sexo, raza, credo o nacionalidad del trabajador (artículo 2 letra d); el que establece que los derechos consagrados a favor de los trabajadores son irrenunciables y son exigibles "erga omnes" (artículo 2 letra e); el relacionado con la regulación legal de los contratos individuales de trabajo (artículo 6); y con la regulación legal de los convenios colectivos de trabajo (artículo 7).

Más allá de eso la Carta a su vez, reconoció un conjunto de derechos laborales en el plano individual: la libertad de trabajo (artículo 3), la educación para el trabajo (artículo 4), el salario mínimo (artículo 8), la prima anual (artículo 9), la inembargabilidad de las remuneraciones (artículo 10), la jornada ordinaria de trabajo de 8 horas diarias o de 48 horas semanales (artículo 12), la remuneración extraordinaria por horas extras o trabajo nocturno (artículo 12), el descanso semanal remunerado (artículo 13), el descanso en

[10] Destáquese que en la época se denominan aún “poblaciones” indígenas para evitar relacionarles con el concepto de pueblo, por su carga política y jurídica.
[11] Este Convenio sería sustituido por la Conferencia General de la OIT por otro mucho más adaptado a las necesidades de protección de los pueblos indígenas en el año 1989 (Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales) que sigue siendo, pese a los 30 años que han transcurrido el tratado internacional de referencia en materia de los derechos de estas comunidades etnoculturales diferenciadas).
[12] Artículo 1 de la Carta de Garantías Sociales.

feriados (artículo 14), las vacaciones anuales remuneradas (artículo 15), la estabilidad laboral relativa (artículo 19).

A su vez, la Carta se refería a las condiciones mínimas que deben regir en determinadas formas de trabajo, como son el trabajo a domicilio, el trabajo doméstico, el trabajo de la marina mercante y de la aeronáutica, el trabajo de los empleados públicos, el trabajo de los intelectuales y el trabajo rural[13]. Y también instaba a la creación de un sistema mínimo de garantías al interior de los Estados latinoamericanos, relacionado con la creación de inspecciones de trabajo y también las denominadas jurisdicciones especiales laborales y de arbitraje[14].
En el plano de los derechos laborales colectivos, la Carta recogió los siguientes: la regulación de los convenios colectivos (artículo 7), la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas (artículo 11), la libertad sindical (artículo 26), el fuero sindical (artículo 26) y la huelga (artículo 27). Asimismo, la Carta establece el derecho a la higiene y seguridad en el trabajo (artículo 30) y el seguro social obligatorio (artículo 31). También regula las condiciones laborales de sectores especiales de trabajadores: trabajo de menores (artículos 16 y 17), trabajo de la mujer (artículos 18 y 33) y empleados públicos (artículo 24). Incluye en su normativa disposiciones sobre el trabajo a domicilio (artículo 21), trabajo doméstico (artículo 22), trabajo de la marina mercante y de la aeronáutica (artículo 23), trabajadores intelectuales (artículo 25) y trabajo rural (artículo 38).

Es precisamente entre los derechos colectivos en los que se van a reconocer los derechos de los trabajadores indígenas, pero con un interesante enfoque generalista que va mucho más allá del ámbito laboral. De esta manera el artículo 39 va a disponer lo siguiente: “En los países en donde exista el *problema*[15] de la población aborigen se adoptarán las medidas necesarias para prestar al indio protección y asistencia, amparándole la vida, la libertad y la propiedad, defendiéndolo del exterminio, resguardándolo de la opresión y la explotación, protegiéndolo de la miseria y suministrándole adecuada educación. El Estado ejercerá su tutela para preservar, mantener y desarrollar el patrimonio de los indios o de sus tribus, y promoverá la explotación de las riquezas naturales, industriales extractivas o cualesquiera otras fuentes

[13] Artículos 21, 22, 23, 24, 25 y 38.
[14] Artículos 35, 36 y 37.
[15] La cursiva es nuestra.

de rendimiento, procedentes de dicho patrimonio o relacionadas con éste, en el sentido de asegurar, cuando sea oportuna, la emancipación económica de las agrupaciones autóctonas. Deben crearse instituciones o servicios para la protección de los indios, y en particular para hacer respetar sus tierras, legalizar su posesión por los mismos y evitar la invasión de tales tierras por parte de extraños".

El tratamiento (en este, seguramente no por casualidad último artículo de la Carta) es el propio de la época, así constatamos la referencia a lo indígena como *problema* para las naciones americanas y también nos encontramos con un lenguaje centrado en el tutelaje del Estado y las instituciones públicas, que serán las encargadas de asegurar el patrimonio de los indígenas y su desarrollo, así como la protección de sus tierras. No hay evidentemente mención alguna a la participación de los indígenas (que como hemos visto son denominados aborígenes o indios) en aquellos asuntos que les afecten, a la autonomía, la consulta o el consentimiento…es decir a aquellos principios que inspiran o a aquellos contenidos que recogen los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en la actualidad. Como más adelante abordaremos en la época primaba el paternalismo indigenista y eso también se reflejaba en los instrumentos interamericanos.

La Carta de Garantías Sociales como ocurrió con la Declaración de Bogotá, no tenía carácter obligatorio, pero se trató de un texto internacional llamado a inspirar a los ordenamientos internos de los Estados Americanos y de posteriores tratados internacionales, tanto a nivel regional como universal. Las referencias a los pueblos indígenas debemos enmarcarlas en un contexto regional que había empezado a conformándose unos 25 años antes de la adopción de la Carta y de la propia Declaración de Bogotá y que toca a continuación analizar detenidamente.

2. LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL INCIPIENTE SISTEMA INTERAMERICANO

Una de las primeras aproximaciones a la cuestión indígena, aunque de un modo muy tangencial, tuvo lugar en 1922 cuando la Quinta Conferencia Internacional Americana -marco institucional de relacionamiento panamericano antecesor de la OEA- solicitó a los Gobiernos estimular el estudio de las respectivas lenguas aborígenes y tomar medidas para hacer respetar los monumentos arqueológicos. Fue posteriormente en un

contexto de incipiente formación normativa e institucional, del Sistema Interamericano cuando se desarrollaron dos importantes Conferencias Internacionales Americanas (Montevideo 1933 y Lima 1938)[16] en las que se apuntalaron dos ideas fuerza en relación con los pueblos indígenas que iban a tener una gran proyección futura.

La primera de ellas situaba que el *problema indígena* tenía carácter regional ya que la mayoría de los Estados contaban con importantes sectores de población indígena, mal integrada, que subsistían en condiciones de vida miserables y que suponían un foco de conflicto e inestabilidad que podía poner en peligro la paz en la región. La segunda de las ideas planteaba que era necesario coordinar los esfuerzos y las políticas de los gobiernos en materia indígena con el objeto de potenciar su desarrollo, modernización e integración a las estructuras nacionales.

En este sentido durante la VII Conferencia Internacional Americana celebrada en Montevideo, los miembros de la delegación mexicana, presentaron una iniciativa que contenía la proposición de que los Estados americanos allí reunidos celebraran un Congreso Indigenista Americano en un futuro inmediato, encomendado al Consejo Directivo de la Unión Panamericana la organización del mismo. El Congreso debía identificar las diversas dimensiones, factores o elementos que se entrecruzaban en la "problemática indígena" (como vemos lo indígena continuamente se "problematizaba") a la que se enfrentaban la mayoría de los Estados americanos, agrupándolos en el estudio

[16] Junto con las dos Conferencias citadas cabría mencionar otros encuentros continentales de menor entidad en los que se abordó la problemática indígena y que debemos tener presentes. La Primera Convención Internacional de Maestros (Buenos Aires, 1918) El Congreso de Economía Social (Río de Janeiro, 1923) la Conferencia Internacional de Economía (Buenos Aires, 1924), el VII Congreso Científico Americano (México, 1935) la II Asamblea General del Instituto Panamericano de Geografía e Historia (Washington, 1935) la I Conferencia del Trabajo de los Estados Americanos miembros de la OIT (Santiago de Chile, 1936) la Primera Conferencia Panamericana de Educación (México, 1937) y la II Conferencia del Trabajo de los Estados Americanos (La Habana, 1939). Es pertinente aclarar que entre la Conferencia de Montevideo y Lima se celebró la Conferencia de Consolidación de la Paz en Buenos Aires, convocada a propuesta del presidente estadounidense Franklin D. Roosevelt, ante los graves acontecimientos que se desarrollaban en la Comunidad Internacional en aquellos tiempos (rearme de Alemania, agresión japonesa en Manchuria, invasión de Abisinia por parte de Italia). La Conferencia de Buenos Aires enfrentó la amenaza de la paz y consolidó la coordinación interamericana ante posibles amenazas externas y acontecimientos imprevisibles que pudieran poner en peligro la paz en la región. Dado el cariz monográfico de la convocatoria el tema indígena no entró en la agenda de los mandatarios reunidos en la capital de Argentina. Para una aproximación a estas Conferencias en el ámbito interamericano puede consultarse *Conferencias Internacionales Americanas 1889-1936,* y *Conferencias Internacionales Americanas 1938-1942,* Carnegie Endowment Washington D.C. 1938 y 1943, respectivamente. Para una visión de conjunto puede consultarse FENWICK, Ch. G. "The Inter-American regional system: fifty years of progress" en *AJIL*, vol. 50, 1956, pp.18-31.

de fenómenos o problemas homogéneos (geografía económica, salubridad e higiene, pedagogía rural, organización, asuntos sociales etc...según la terminología de la época)[17].

La propuesta de la delegación mexicana fue aceptada por la Conferencia y precisamente fue la Secretaría de Relaciones Exteriores de México la que, en colaboración con el Consejo Directivo de la Unión Panamericana, inició por encargo de la Conferencia, los preparativos para la organización del Primer Congreso Indigenista Interamericano.

El proceso de preparación del congreso, coincidió con la convocatoria de la VIII Conferencia Internacional Americana esta vez en Lima. Fue durante el transcurso de la misma en el que se apuntó la idea de que los pueblos indígenas (indios o poblaciones indígenas) tenían derecho a la protección de los poderes públicos. Se aceptó también en aquel marco la propuesta de crear un organismo regional especializado en materia indígena. De esta manera, la Conferencia en sus conclusiones y recomendaciones reflejó que "Los indígenas, como descendientes de los primeros pobladores de las tierras americanas, tiene un preferente derecho a la protección de las autoridades públicas para suplir la deficiencia en su desarrollo físico e intelectual[18] del que son objeto las poblaciones indígenas) y en consecuencia, todo cuanto se haga para mejorar el estado de los indios será una reparación por la incomprensión con que fueron tratados en épocas anteriores (...) hay pues que establecer un centro de estudios de recopilación e intercambio de datos e informaciones sobre la situación de las poblaciones indígenas y sobre el proceso de su completa integración a los correspondientes medios nacionales".[19]

De esta manera se realizó por parte de Conferencia la siguiente recomendación "Que el Congreso Continental de Indianistas estudie la conveniencia de establecer un Instituto Indigenista Interamericano y, en su caso, fije los términos de su organización y dé los pasos necesarios para su instalación y funcionamiento inmediatos"[20].

[17] Memoria General y actuación de la delegación de México en la VII Conferencia Internacional Americana, Imp. De la Sec. Relaciones Exteriores, México, 1934.
[18] Nótese el tratamiento paternalista y minusvalorador.
[19] "Conclusiones y Recomendaciones de la Conferencia Internacional Americana de Lima", recogido en VELA, D. *Orientación y recomendaciones del Primer Congreso Indigenista Interamericano*, Publicación del Comité Organizador de IV Congreso Indigenista Interamericano, Guatemala, 1959. El paréntesis es nuestro.
[20] *Ibidem*, p. 60.

Consecuentemente con lo ya apuntado la Conferencia reconoció la realidad regional de la problemática indígena (de nuevo lo indígena como problema) al aprobar una resolución en el sentido de que "...el problema del indio es una cuestión continental que concierne a todos, ora directamente, ora por solidaridad e interés científico"[21]. Finalmente la Conferencia solicitó la cooperación de los gobiernos de la región para que nombraran los delegados oficiales que deberían acudir al Congreso a celebrar en un futuro inmediato y que finalmente se celebró dos años después en Pátzcuaro (Estado de Michoacán, México).

En resumen las Conferencias Internacionales Americanas de los años 30 se abrieron a la cuestión indígena, reconociendo que este asunto tenía carácter continental, recomendado la celebración de un Encuentro Interamericano, avanzando el derecho de los pueblos indígenas a disfrutar de sus derechos fundamentales y a ver garantizado su desarrollo e integración económico, social y cultural[22], y apuntando la posibilidad de que se constituyera un organismo internacional de carácter interamericano que estuviera especializado en el trato, estudio e integración de los pueblos indígenas. La importancia de estos avances es indiscutible ya que por primera vez en la historia del Sistema Interamericano pero también del conjunto de las instituciones internacionales tanto regionales como universales, diferentes Estados reconocían conjuntamente en un foro de gran trascendencia en la región, las míseras condiciones de vida de los indígenas y se comprometían a trabajar conjuntamente con el objeto de subsanar esta situación que ponía en entredicho el desarrollo y la estabilidad del continente.

En todo este proceso descrito, en el que según algunos autores predominó "la emoción indigenista"[23], nos encontramos con los antecedentes históricos más inmediatos que precedieron la creación de un organismos singular: el Instituto Indigenista Interamericano, la triple "i" (III), como así se le conocería.

El III constituirá un organismo cuyos orígenes se enmarcan en la corriente de opinión y la preocupación que en torno a la cuestión indígena[24] se extendió entre

[21] *Ibidem*, p. 13.
[22] A partir de la Revolución Mexicana y el periodo constituyente que se abrió en aquel país, los derechos económicos, sociales y culturales se consolidaron normativamente en la región.
[23] MARROQUÍN, A. *Balance del Indigenismo*, Ediciones Especiales - III, México, 1977.
[24] Por "problema indígena" entendemos el conjunto de relaciones a veces contrapuestas, contradictorias y enfrentadas que se han ido tejiendo desde una perspectiva política, jurídica, social, económica y cultural entre los descendientes de las poblaciones originarias del continente americano y las poblaciones ladinas, mestizas o blancas que han protagonizado el desarrollo y evolución de los Estados Nacionales. La propia

importantes sectores especialmente activos y comprometidos del continente americano en la primera mitad del siglo XX y que conocemos como indigenismo integracionista[25]. Políticos, juristas, científicos sociales, literatos, artistas, médicos, intelectuales comprometidos con el cambio social en definitiva, iniciaron un movimiento de renovación y reconceptualización del tema indígena abogando por nuevas aproximaciones teóricas, prácticas y normativas en el marco de las relaciones políticas, económicas, sociales y culturales entre mestizos e indígenas[26].

El contexto histórico es imprescindible para comprender el alcance de ese indigenismo naciente; en todo el continente se vivían tiempos de cambio y paralelamente a que se reforzaba la conciencia panamericanista y el Sistema Interamericano se consolidaba poco a poco[27], diferentes autores y personalidades carismáticas[28] vinculadas

---

conceptualización: problema indígena", imbuida claramente en un juicio de valor, nos refiere a una realidad compleja, que se proyecta como realidad problematizada y conflictiva. MENDIZÁBAL, M. "Los problemas indígenas", en *Cuadernos Americanos*, año IV, Nº 4, México,1945, pp. 47-63. ESQUIVEL CASAS, A. "El Problema del Indio", *América Indígena*, Vol. X, Nº 1, México, 1950, pp. 63-80. HEYSEN, E. L. Las poblaciones indígenas como problema, LEÓN PORTILLA, M. "The indian problem in Chile" en *América Indígena*. Vol. XVII, Núm. 3, III, México, 1957. FRIEDE, J. "El problema indígena en Colombia" en *América Indígena*. Vol. XVII, Núm. 4, III, México, 1957. DEBERÉ, C. "Reflexiones sobre algunos enfoques del problema indígena" en *Anales de Antropología e Historia* 1976-77, INAH, México, pp.109-118.

[25] En opinión de Henri FAVRE el indigenismo "es una corriente de opinión favorable a los indios. Se manifiesta en tomas de posición que tienden a proteger a la población indígena, a defenderla de las injusticias de que es víctima y a hacer valer las cualidades o atributos que se le reconocen. Esta corriente de inspiración humanista es antigua, permanente y difusa. Sus orígenes se remontan a los contactos iniciales que los europeos establecieron con los habitantes del nuevo Mundo (...) Aún, cuando la personalidad de sus representantes y los debates que suscita acentúan ciertos periodos con más fuerza que otros, la corriente indigenista atraviesa toda la historia latinoamericana. (...) el indigenismo es también un movimiento ideológico de expresión literaria y artística, igualmente político, social y jurídico..." *El Indigenismo*, FCE, México, 1998. Probablemente el trabajo más claro sobre la cuestión.

[26] Como bien ha señalado Bretón SOLO DE ZALDIVAR, refiriéndose al indigenismo integracionista, "El indigenismo es una corriente de pensamiento que nace a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX con la toma de conciencia por parte de algunos intelectuales y reformistas sociales de la importancia de la presencia indígena en las jóvenes repúblicas americanas. Así como de las precarias condiciones de vida de ese sector social. Con el paso de los años y el correr de un nuevo siglo, el indigenismo se convirtió en un instrumento de protesta contra la injusticia a que eran sometidas las comunidades indias". Vid. *Cooperación al desarrollo y demandas étnicas en los Andes ecuatorianos. Ensayos sobre indigenismo, desarrollo rural y neoindigenismo*,2001, p.37.

[27] Durante la primera mitad del siglo XX tendrán lugar en el continente las Conferencias Internacionales llamadas a configurar un Sistema de Cooperación Interamericano eficiente. Segunda Conferencia Internacional Americana (México 1901-1902), Tercera Conferencia (Río de Janeiro, 1906), Cuarta Conferencia (Buenos Aires, 1910), Quinta Conferencia (Santiago de Chile, 1923), Sexta Conferencia (La Habana, 1928), Séptima Conferencia (Montevideo, 1933, ya mencionada), La Conferencia de consolidación de La Paz (Buenos Aires, 1936), la Octava Conferencia (Lima, 1938, ya mencionada también), las tres Primeras Reuniones de Consulta (1939, 1940, 1942), la Conferencia sobre Problemas de la Guerra y de la Paz (México, 1945), la Conferencia sobre Seguridad Colectiva Regional (1947) y la Conferencia para la Reorganización del Sistema Interamericano (Bogotá, 1948).

[28] A modo de ejemplo y sin ánimo de ser exhaustivos podríamos citar las aproximaciones que desde diferentes perspectivas aportaron sobre la cuestión indígena, autores como Mariategui, Haya de la Torre Castro Pozo y Valcárcel en Perú, Jaramillo Alvarado e Icaza en Ecuador, Alcides Arguedas y Elizardo

en ocasiones al mundo de la cultura, las letras y las artes[29], se manifestaron a favor de una aproximación eficiente, científica, integral y rigurosa a la problemática indígena. Todo ello supuso una nueva realidad que potenciando esta nueva corriente indigenista llegó a reflejarse en las Conferencias Internacionales Interamericanas de los años 30 ya analizadas y que culminará en la creación del propio Instituto Indigenista Interamericano a partir de la Convención Internacional de Pátzcuaro de 1940.

Para algunos autores el Instituto Indigenista Interamericano no será sino el resultado de una nueva ideología americana, de una normatividad e institucionalidad naciente y ante todo de una nueva conciencia continental que se reflejaba en la doctrina indigenista "que como teoría estudia y explica los valores indígenas en sus diversas relaciones sociales e históricas y como política establece una línea de tratamiento racional de esos valores (...) Tomando al Indio y lo Indio como factores sustantivos en la historia y en la organización de la sociedad americana"[30]. El indigenismo aportará pues la fundamentación teórica y justificará ideológicamente la creación de un organismo internacional de ámbito regional llamado a coordinar los esfuerzos de las diferentes administraciones americanas en materia indígena y que estará llamado a rescatar a las masas de población indígena de sus vínculos seculares con el sistema de hacienda y a abrir los canales de movilidad social a fin de su integración definitiva a la estructura de clases[31].

Pérez en Bolivia, Ricardo Latcham en Chile, José Eustaquio Rivera o Armando Solano en Colombia, Belaunde o Basadres, sin olvidarnos de la inspiración generalizada que en todo este proceso de reconceptualización de la temática indígena supuso la revolución Mexicana y muy especialmente la obra del humanista mexicano Manuel Gamio quien ostentó el cargo de presidente del III durante casi veinte años (1941-60) y de su contemporáneo Moisés Sáenz. De estos últimos puede consultarse GAMIO, M. *Forjando patria. Pronacionalismo,* Porrúa Hermanos, México, 1916 y SÁENZ, M. *Antología*, Ediciones Oasis; México, 1970.

[29] Vid. LÓPEZ ALFONSO, F. J. *Indigenismo y propuestas culturales: Belaunde, Mariategui, Basadres,* Instituto Alicantino de Cultura Juan Gil-Albert, Alicante, 1995, así como las *Actas de las I, II y III Jornadas sobre indigenismo americano* desarrolladas en la Universidad de Valencia, la Universidad Autónoma de Madrid y de nuevo en la Universidad de Valencia y publicadas en 2001 por los Servicios de Publicación de las Universidades organizadoras. Henri FAVRE se ha ocupado de la vertiente cultural y artística del indigenismo de principios del siglo XX, *El indigenismo,* FCE, México, 1996, pp. 64-91.

[30] GARCIA, A. "Teoría y Política del Indigenismo" en América Indígena, Vol. 4, Num.4, 1951, México, pp. 281-297.

[31] BRETON SOLO DE ZALDIVAR, V. *Cooperación al desarrollo y demandas étnicas en los Andes ecuatorianos. Ensayos sobre indigenismo, desarrollo rural y neoindigenismo,* op. cit. p.37.

3. LA CELEBRACIÓN DEL PRIMER CONGRESO INDIGENISTA INTERAMERICANO Y LA PROPUESTA FINAL DE CREACIÓN DEL INSTITUTO INDIGENISTA INTERAMERICANO

Durante el mes de abril de 1940 se desarrolló en la ciudad de Pátzcuaro en Michoacán (México)[32] el Primer Congreso Indigenista Interamericano que fue presidido por el presidente del país anfitrión el general Lázaro Cárdenas, quien mostraba en la época un especial compromiso con la mejora de las condiciones de vida de los pueblos indígenas. Este evento inauguraba en América el desarrollo institucionalizado de las estrategias a seguir por los Estados nacionales respecto a las comunidades indígenas a la vez que oficializaba una ideología indigenista conformada a partir de las propuestas de antropólogos[33], sociólogos, juristas y otros científicos sociales.[34] Ciertamente a partir de esta Conferencia Internacional a la que asistieron representantes de 13 países[35] integrantes en la fecha del Sistema Interamericano, entre los que figuraban algunos miembros de grupos indígenas cuyo papel fue ciertamente simbólico e intrascendente, se sentaron las bases y las directrices que habrían de guiar el indigenismo en América y se produjo una ruptura con el pasado inaugurando una nueva época en el tratamiento de la problemática indígena en el continente.

---

[32] México un país con importante presencia indígena vivió un interesante proceso de construcción de su identidad nacional en el periodo posrevolucionario, rescatando e idealizando el pasado precolombino y apuntando la idea de la mexicanidad como un proceso basado en un mestizaje cultural que debía aunar lo indígena y las supervivencias precolombinas, con el fruto de la colonización española y la cultura criolla. Desde esta perspectiva se privilegió la imagen india y especialmente lo precolombino empezó a constituirse como un símbolo del nacionalismo oficial. Esta ideología de la revolución mexicana irradió por toda América, influenciando en los demás países. A partir de esta realidad, no nos debe extrañar que fuera México el país anfitrión del Primer Congreso Indigenista Interamericano. Vid. GIMENO MARTÍN, J.C. "Las luchas por el indigenismo en la Mesoamérica contemporánea" en *El Indigenismo Americano*, MATUTE, C y PALACIOS, A. (ed.), Cuadernos de Filología, Anejo XLIV, Facultad de Filología, Universidad de Valencia, Valencia, 2000, pp. 30-33.

[33] La historia del indigenismo en América Latina no puede entenderse sin el importante papel jugado por los antropólogos. Para valorar este desempeño puede consultarse el trabajo colectivo *La Antropología Americanista en la actualidad: homenaje a Raphael Girard*, Editores Mexicanos Unidos.

[34] RODRÍGUEZ, O. *Contribución a la crítica del indigenismo*, Ediciones Sovar Abre Brecha, Caracas, 1991.

[35] El voto se concedió en absoluta igualdad uno por cada delegación, tanto en las sesiones plenarias, como en las cuatro secciones de trabajo en las que se organizó el Congreso siguiendo las directrices del reglamento que se había elaborado por parte del Comité Organizador: sección número uno, Biológica, presidida por Brasil; sección número dos socio-económica, presidida por el delegado estadounidense; sección tercera, educacional, presidida por el delegado del Perú, y la sección número cuatro, sobre asuntos jurídicos, presidida por el delegado de Guatemala. A su vez, se estableció una Comisión de iniciativas, que fue de gran utilidad para ordenar la clasificación y distribución de los trabajos y ponencias presentados. VELA, D. op. cit, p. 21.

Este Congreso se desarrolló en un momento altamente crítico (inicio de la segunda guerra mundial) e indudablemente recoge el impulso de movimientos nacionales que venían creciendo desde hacía dos décadas y las recomendaciones presentes en las Conferencias Internacionales Americanas antes estudiadas.

Durante el Congreso se aprobaron 72 resoluciones[36] en las que se asumieron algunos de los ejes cardinales orientadores de la política indigenista continental que a continuación resumimos:

1. Se reconoció la trascendencia del problema indígena como una cuestión de interés público en cada país, y la imperiosa urgencia de darle solución dentro de las aspiraciones continentales para garantizar la tranquilidad, el bienestar y la convivencia internacional solidaria en el ámbito americano. De esta manera se resaltó que el problema indígena en América era de gran importancia y de urgente resolución por razones de justicia social y de solidaridad continental y se asumió que la situación de inferioridad de los grupos indígenas constituía un obstáculo para la integración nacional y el equilibrio interamericano.

2. Los países americanos presentaban problemáticas indígenas semejantes, ya que, pese a la peculiaridad de cada realidad nacional, la pluralidad de situaciones y la diversidad de culturas indígenas, se habían producido evoluciones históricas, económicas y sociales similares.

3. Se apuntó la necesidad de abandonar las aproximaciones idealizadoras, románticas y simplistas con las que se encaró el estudio de la realidad indígena en el pasado. Y se propuso favorecer el progreso de estas poblaciones (no se hablaba de pueblos) con el objeto de favorecer el progreso de todo el continente y la convivencia integrada de las poblaciones requeriría de un enfoque científico-técnico, holístico y

[36] Acta Final del Primer Congreso Indigenista Interamericano, Pátzcuaro (México), abril de 1940, *Suplemento Especial del Boletín Indigenista*, México, marzo, 1948. Las resoluciones no dejaban de ser meras recomendaciones sin una obligatoriedad jurídica real como bien quiso dejarse claro a propuesta de los Estados Unidos en la Res. LXXII que cierra el Acta citada: "El Primer Congreso Indigenista Interamericano, después de oír la aclaración presentada por la Delegación Norteamericana y considerando que los acuerdos, recomendaciones, resoluciones y declaraciones aprobados en el Pleno de su Asamblea constituyen un compromiso de carácter moral y han sido tomados después de serio estudio de las materias correspondientes. Declara: que al aprobar los mencionados acuerdos, recomendaciones, resoluciones y declaraciones no compromete a los Gobiernos de los Estados representados". Pese a esta salvaguarda es indiscutible el peso político y moral y la proyección normativa del Congreso que se tradujo en la implementación de la Convención Internacional de Pátzcuaro.

globalizador que proporcionara un conocimiento integral de las condiciones de vida, la complejidad cultural y las resistencias culturales al progreso de estas comunidades.

4. El progreso de las poblaciones indígenas, el respeto a su dignidad, la garantía y salvaguarda y paridad de sus derechos, oportunidades y responsabilidad con los demás grupos de la población debía de otorgársele y garantizársele de modo efectivo dictando cuando fuera necesario medidas de protección específica ante su desventajosa posición económico y social[37]. El progreso indígena venía a ser sinónimo de **integración** (con todas sus consecuencias), de los indígenas a las sociedades nacionales. La integración fue el principio constitutivo y nucleador del indigenismo oficial interamericano. El objetivo o los postulados integracionistas han dado lugar a importantes críticas en tiempos más recientes en los que el discurso de la identidad y del derecho a la diferencia han estado presentes en las reivindicaciones de los pueblos indígenas.

5. Todo este proceso de integración (como sinónimo de progreso, modernización y efectividad de los derechos fundamentales) había de promoverse desde el Estado, este era el principal y último responsable de la puesta en marcha de medidas, estrategias y programas específicos en múltiples campos de acción relacionados con las necesidades de progreso económico e integración de los indígenas (educación, promoción social, repartos de tierras, salud, progreso económico, comunicación...).

6. Desde una perspectiva progresista se asumió la necesidad de implementar programas concretos de protección de la mujer indígena (igualdad de oportunidades, fin de la discriminación, promoción...)[38].

7. Entre el conjunto de medidas asumidas por el Primer Congreso Indigenista Interamericano destaban especialmente las de carácter legislativo, recomendando a los Estados americanos con población indígena adoptar leyes y normas protectoras concretas para este sector poblacional, que deberían abandonar concepciones basadas en diferencias raciales con tendencias desfavorables para los grupos indígenas. El objetivo básico así reconocido por el Congreso estaba llamado a ser: igualdad de derechos y oportunidades para todos los grupos de la población americana. Todas las medidas que se dictaran para

[37] La idea de los derechos humanos está presente en las recomendaciones de este Primer Congreso Indigenista en el marco del reconocimiento del valor de la dignidad humana y los principios de igualdad, libertad, solidaridad. A su vez se destaca el papel que ha de jugar el Estado como garante del progreso de las sociedades y en concreto de las poblaciones indígenas.
[38] Res. XXV, LIV y LVI, Acta Final del Primer Congreso Indigenista Interamericano.

garantizar o proteger los derechos de las personas pertenecientes a los grupos indígenas, deberían ser sobre la base del respeto a los valores positivos de su personalidad histórica y cultural y con el fin de facilitar su desarrollo.

8. Se asumió la necesidad de continuar en el futuro con este tipo de Conferencias Continentales y se fijó la fecha y sede del Segundo Congreso Indigenista Interamericano a celebrar en Cuzco (Perú) a tres años vista una vez concluido el Primer Congreso[39].

9. Con el objeto de reforzar la Unión Panamericana y coordinar los esfuerzos en materia indígena el Congreso asumió que el Sistema requería de la creación de instrumentos o mecanismos de concertación, intercambio de experiencias y homogeneización de las políticas en un ámbito continental. Para ello la Resolución plenaria nº LXXI[40] del 17 de abril de 1940, recordando las recomendaciones de la 8ª Conferencia Panamericana de Lima de 1938, acordó la futura creación del Instituto Indigenista Interamericano, llamado a clarificar el conjunto de normas y medidas que debían aplicarse para mejorar de manera integral la vida de los grupos indígenas y sentó las bases de su organización[41]. Según la citada resolución, la base legal del Instituto habría de ser una Convención Internacional firmada por todos los países interesados y cuya puesta en marcha requeriría de la adhesión de los mismos de acuerdo a sus propias leyes[42]. Se avanzó que la sede del III habría de fijarse en la capital de México[43] (lo que se

[39] Res. LXVI. Finalmente el II Congreso Indigenista Interamericano se retrasó debido al problemas internos del país anfitrión y al contexto internacional y hubo de celebrarse en 1948, coincidiendo con la creación de la OEA y la adopción de la Declaración de Bogotá.
[40] Acta Final del Primer Congreso Indigenista Interamericano, doc. cit, p.32.
[41] Ciertamente uno de los asuntos principales a tratar en el Congreso la organización del III, determinando su sede y las bases fundamentales para su funcionamiento. A tal efecto se presentaron a discusión varios proyectos y se constituyó una comisión específica integrada por John Collier, de Estados Unidos, Gilberto Loyo, de México; José Ángel Escalante, del Perú que debía estudiar, coordinar y unificar en un solo texto los tres estudios completos presentados precisamente por las delegaciones norteamericanas, mexicanas y peruana. El texto fue aprobado en plenario el 20 de abril de 1940 y constituyó la Resolución LXXI.
[42] Al respecto un artículo transitorio de la citada resolución recogía la siguiente advertencia: "La aprobación de la organización del Instituto por los delegados respectivos de los gobiernos al Primer Congreso Indigenista Interamericano no comprometerá a dichos gobiernos sin su previa participación formal, mediante métodos en armonía con sus respectivas legislaciones". De esta manera se afianzaba la idea de que el Primer Congreso supuso un marco de negociación de cara a la creación de un tratado internacional futuro que diera lugar a una nueva Organización Internacional y como tal proceso de negociación no tenía ningún efecto de obligatoriedad jurídica. Como señalaba el profesor Fernando Mariño, a quien homenajeamos en este número de la *REIB* "...nada de lo comprometido durante un proceso de negociación tiene valor jurídico alguno a menos que lo adquiera a través del acuerdo final que se alcance" MARIÑO MENÉNDEZ, F. *Derecho Internacional Público*, Parte General, Editorial Trotta, Madrid, varias ediciones.
[43] A propuesta de la delegación peruana y respaldada por el resto de las delegaciones en reconocimiento a la labor del país anfitrión en materia indígena.

ha mantuvo hasta su desaparición) y entre las atribuciones y facultades del Instituto se enumeraron las siguientes:

I. Colectar, ordenar y distribuir a los gobiernos de los países, a las instituciones privadas y a los individuos interesados, informaciones sobre todo lo concerniente a los pueblos indígenas del continente y las legislaciones de los respectivos países en esta materia.

II. Iniciar, dirigir y coordinar investigaciones y encuestas científicas con el objeto de solucionar los problemas indígenas

III. Editar publicaciones periódicas y eventuales y realizar una labor de difusión de la problemática indígena.

IV. Administrar fondos provenientes de donaciones y aceptar contribuciones para promover el progreso de los pueblos indígenas.

V. Cooperar como oficina de consulta, con las oficinas de asuntos indígenas de los diversos países[44].

VI. Autorizar, de acuerdo con los gobiernos respectivos, el establecimiento de institutos nacionales, filiales del III.

VII. Crear y autorizar el establecimiento de comisiones técnicas consultivas, de acuerdo con el gobierno respectivo.

VIII. Promover y coordinar la preparación de investigaciones científicas sobre asuntos indígenas.

En la citada Resolución se apuntó una mínima estructura de gobierno provisional, compuesta por cinco miembros titulares y dos suplentes, que debería responsabilizarse de las gestiones necesarias hasta la definitiva puesta en marcha del Instituto[45]. Este Comité

[44] En este sentido y tomando el ejemplo de algunos países (especialmente el de México y Estados Unidos) el Congreso hizo una recomendación con el objeto de que con la mayor brevedad posible "Cada gobierno establezca una agencia u oficina cuyo propósito sea concentrar la atención sobre los problemas del indio, garantizando de una manera efectiva todos los servicios del Gobierno a favor de la resolución de aquellos y constituyéndose en todo tiempo, defensor del indio". Ap. 1. Res. XLII sobre Oficina de Asuntos Indígenas. Estas oficinas que posteriormente adoptaron el nombre de Institutos Nacionales Indigenistas habría de ser el referente del III en cada país.

[45] Para ello el apartado 5 señala que el gobierno del Instituto se sujetará a las siguientes bases:

"a) Funcionará un Comité Ejecutivo Provisional, formado por cinco miembros titulares y dos suplentes. Dos de los miembros titulares serán el presidente y el Secretario General del Congreso. El Presidente del Congreso nombrará a los otros tres miembros titulares ya los dos suplentes. Estas designaciones deberán recaer en personas conocidas por su dedicación al estudio de problemas indígenas.

Ejecutivo Provisional que también hacía las veces de Comisión Permanente del Primer congreso Indigenista, estaría facultado para llevar a cabo los estudios necesarios que posibilitaran la organización del Instituto y sería el encargado de someter a los gobiernos de los países interesados, un proyecto de Convención Internacional relativa al Instituto, por el conducto diplomático del gobierno de México[46]. En definitiva estaba llamada a conducir la fase de negociación de la Convención Internacional que daría lugar al III.

El Primer Congreso Indigenista Interamericano supuso el afianzamiento de la perspectiva indigenista desde una dimensión continental, de esta manera podemos concluir que el monto de resoluciones, conclusiones, declaraciones, acuerdos, proposiciones y recomendaciones aprobadas, pese a las salvaguardas y del valor meramente orientativo de muchas de ellas, supuso un primer avance en el marco de una doctrina y una normatividad naciente que estaba llamada a consolidarse en las décadas futuras. Pero indudablemente más allá del peso político-moral y de la potencialidad jurídico-normativa de aquel encuentro, el resultado más importante fue la creación de un organismo internacional especializado, el III, fruto de la práctica convencional interamericana, que inauguraba un tratamiento continental y coordinado de la cuestión indígena y estaba llamado a jugar un importante papel en la región.

Tal y como señaló su primer director, Manuel Gamio a partir de la creación del III se "cristalizaron en unánime expresión continental los anhelos que hace mucho tiempo

---

b) El Comité Ejecutivo, de entre sus miembros, nombrará a su propio Presidente y al Director del Instituto. En ningún caso ambas designaciones podrán recaer en la misma persona.

c) Cuando un miembro de la Comisión Permanente del Congreso, que no sea el Presidente o el Secretario General del mismo, fuese nombrado miembro del Comité Ejecutivo del Instituto, dejará de ser miembro de la Comisión Permanente y el sustituto será designado por el Presidente.

d) Funcionará un Consejo Directivo. Cada país participante nombrará un miembro para dicho Consejo. Los miembros del Comité Ejecutivo serán miembros exoficio del Consejo Directivo.

e) Cuando cinco países se hayan adherido al Instituto, el Consejo Directivo tendrá la facultad de designar el Comité Ejecutivo en propiedad, cuyas funciones durarán cinco años.

f) El Consejo Directivo, con el Comité Ejecutivo Provisional, podrá hacer en la organización del Instituto las reformas que estime necesarias, conservando sus lineamientos esenciales.

Por su parte el apartado 6. Aclaraba "El Consejo Directivo comenzará a funcionar desde luego, integrado por sus miembros ex oficio. Cuando tres o más países americanos se adhieran al Instituto, iniciará el Consejo su pleno funcionamiento y designará de entre sus miembros su propio presidente, que no podrá ser el mismo Presidente del Comité Ejecutivo".

[46] Apartado seis y siete de la citada resolución. La primera sesión del Comité Ejecutivo Provisional o Comisión Permanente del Congreso Indigenista como también se la denominó, se encargó de la preparación y redacción de la Convención y tuvo lugar en México el 29 de abril. Durante aquella primera reunión se decidió nombrar como presidente al profesor Luis Chávez Orozco quien en México era subsecretario de Educación Pública y Jefe del Departamento de Asuntos Indígenas, como director provisional al profesor Moisés Sanz y como Secretario a Carlos Girón, quien era Cónsul General de Guatemala en México. El Comité alojó provisionalmente su oficina en el Departamento de Asuntos Indígenas, dependiente del gobierno de México.

abrigaban gobiernos, entidades particulares e individuos, de mejorar la aflictiva situación en que se debate la mayoría de la población autóctona americana"[47].

4. NATURALEZA, PRINCIPIOS Y PROPÓSITOS DEL INSTITUTO INDIGENISTA INTERAMERICANO SEGÚN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE PÁTZCUARO

La Comisión Permanente o Comité Ejecutivo Provisional saliente del Primer Congreso Indigenista Interamericano tenía entre otras atribuciones "la de elaborar el plan de la organización del III y someterla a la aprobación de los países de América."[48] A tal efecto la Comisión desarrolló varias reuniones técnicas y llevo a cabo consultas con los gobiernos interesados en el marco de una frenética actividad que concluyó con la celebración en diciembre de 1940, apenas 8 meses después de la clausura del Primer Congreso antes aludido, de la Conferencia Internacional en la que se adoptó y se llevó a cabo la autenticación de la Convención Internacional relativa a los Congresos Indigenistas Interamericanos y al Instituto Indigenista Interamericano. Dicho evento se desarrolló en la misma ciudad de Pátzcuaro, lugar que se proyectaba como capital del indigenismo interamericano. A la Conferencia Internacional acudieron delegaciones de 18 países americanos y en ella quedó fijado el contenido y la forma final del tratado internacional de ámbito regional que habría de constituir el III y se reforzaron los principios que habían servido para concluir el Congreso Interamericano:

[47] GAMIO, M. *Actividades del Instituto Indigenista Interamericano. Extracto del informe presentado al Consejo Directivo del Instituto Indigenista Interamericano en la Asamblea celebrada el 18 de abril de 1944*, III, México, 1944, p. 3.

[48] Las atribuciones a las que nos referimos vienen explicitadas en la resolución número LXX del Primer Congreso Indigenista Interamericano y se refieren a "a) la de encargarse de realizar las labores que no hayan sido concluidas por el Primer Congreso Indigenista Interamericanas, y que le sean encomendadas por el mismo. b) La de colaborar con el País en el que habrá de verificarse el Segundo Congreso Indigenista Interamericano. c) La de tomar las medidas que estime necesarias para la publicación adecuada de las actas y trabajos del Primer Congreso Indigenista Interamericano, y la de asegurar su distribución efectiva. d) La de servir de conducto entre los diversos países para el intercambio de informes y datos relacionados con el Congreso y facilitar la investigación de la vida indígena en cualquier proyecto de investigación e) En caso de que el Primer Congreso Indigenista Interamericano resuelva crear el III, La Comisión tendrá las atribuciones para elaborar el plan de la organización y someterlo a la aprobación de los países de América, o para ejecutar el proyecto o los planes relativos al mismo Instituto que este Congreso pudiera formular f) La Comisión tendrá facultades para recibir y erogar fondos para los fines arriba señalados, rindiendo su informe al Segundo Congreso Indigenista Interamericano".

1) el problema indio era de interés público, revestía un carácter de urgencia y era obligación de los Estados y los gobiernos tratarlo con prioridad y urgencia 2) el problema no era de índole racial sino de naturaleza cultural, social y económica, el verdadero objetivo ha de ser la de equiparar las condiciones de vida de las poblaciones indias a las de las poblaciones no indias 3) para alcanzar dicho objetivo los derechos indígenas debían ser protegidos y defendidos en el marco del sistema legal en vigor 4) Determinados aspectos de la cultura indígena fueron explícitamente reconocidos como valores positivos para la realidad americana y 5) para ello las delegaciones estaban allí reunidas, asumían la necesidad de conformar un Sistema Indigenista Interamericano que permitiera coordinar y aunar esfuerzos a nivel continental. Para ello se acordó crear tres órganos o estructuras distintas: los Congresos Indigenistas o Conferencias Internacionales periódicas especializadas en la temática indígena con sede fluctuante, el Instituto Indigenista Interamericano una organización internacional especializada de base convencional que situaría su sede definitivamente en México y los Institutos Indigenistas Nacionales que vendrían a sustituir a las Agencias de Asuntos Indígenas recomendadas en el Primer Congreso Indigenista Interamericano del mes de abril de aquel mismo año (1940).

Todo ello se tradujo en una Convención Internacional[49] en cuyo texto había estado trabajando con el asesoramiento de algunos gobiernos representativos de la región, la Comisión Permanente o Comité Provisional, proceso de negociación al que antes hicimos referencia. La Convención estudiada configuraba un nuevo acuerdo internacional en la región que creaba un instrumento jurídico continental cuya finalidad principal era la constitución de una organización internacional (junto con el objetivo de promover los Congresos Indigenistas), que tuvo efectos de derecho, puesto que creaba obligaciones y derechos subjetivos en los Estados que se vinculaban y formaban parte de la Convención y en cuya negociación y adopción primaron los principios del libre consentimiento, de la buena fe y la norma Pacta sunt servanda, tradicionalmente presentes en el acervo consuetudinario y convencional del Sistema Interamericano.

La Convención Internacional de Pátzcuaro constituye pues un acto jurídico internacional que conforma el acta fundacional de un organismo de cooperación

[49] Convención Internacional relativa a los Congresos Indigenistas Interamericanos y al Instituto Indigenista Interamericano. Dic. 1940, Pátzcuaro.

interamericano (regional) y especializado en la problemática indígena. Fue el tratado constitutivo de una nueva organización internacional. La personalidad jurídica del III quedó reconocida por los Estados Parte de manera explícita en el propio texto de la Convención: " Cada una de las Altas Partes Contratantes reconoce la personalidad jurídica del Instituto Indigenista Interamericano"[50].

Formalmente el texto definitivo constaba de un preámbulo, de una parte dispositiva subdividida en diecisiete artículos que hacían referencia a aspectos importantes relacionados con los objetivos fundacionales, la estructura, funcionamiento y financiación de los Congresos y el III y finalmente el texto concluía con un anexo en el que se especificaban los montos presupuestarios que deberían hacer frente cada uno de los estados parte en la Convención para viabilizar la puesta en marcha del nuevo organismo internacional naciente.

En el Preámbulo de la Convención referida, los gobiernos americanos manifestaron su conformidad con los principios aprobados en el primer Congreso Indigenista, recordaron las recomendaciones de la Octava Conferencia Internacional Panamericana antes aludida y consagraron sobre la base del respeto mutuo, el principio de igualdad jurídica de los Estados americanos que estaban llamados a coordinar sus esfuerzos, políticas y legislaciones indigenistas:

"Los gobiernos de las repúblicas americanas animadas por el deseo de crear instrumentos eficaces de colaboración para la resolución de sus problemas comunes, y reconociendo que el problema indígena atañe a toda América; que conviene dilucidarlo y resolverlo y que presenta en muchos de los países americanos modalidades semejantes y comparables; reconociendo, además, que es conveniente aclarar, estimular y coordinar la política indigenista de los diversos países, entendida esta como conjunto de desiderata, de normas y de medidas que deban aplicarse para mejorar de manera integral la vida de los grupos indígenas de América, y considerando que la creación de un Instituto Indigenista Interamericano fue recomendada para su estudio por la Octava Conferencia Internacional, reunida en Lima, en 1938 (...) y considerando que el Primer Congreso Indigenista Interamericano, aprobó la creación del Instituto, y propuso la celebración de una Convención al respecto. Han resuelto elaborar la presente Convención que será

[50] Art. XV.

firmada como lo dispone el artículo XVI de las misma, para dar forma a tales recomendaciones y propósitos, y para tal efecto, han convencido en lo siguiente:

Los gobiernos contratantes acuerdan elucidar los problemas que afectan a los núcleos indígenas en sus respectivas jurisdicciones, y cooperar entre sí sobre la base del respeto mutuo de los derechos inherentes a su completa independencia para la resolución del problema indígena en América, por medio de reuniones periódicas, de un Instituto Indigenista Interamericano y de Instituciones Indigenistas Nacionales, cuya organización y funciones serán regidas por la presente Convención en los términos que siguen".

Es en la parte dispositiva donde encontramos una enumeración de las funciones y atribuciones de las que se dota al Instituto, estas vienen reflejadas en el artículo IV de la Convención y suponen una ampliación de las que se señalaron en la Resolución LXXI del primer Congreso Indigenista Interamericano antes estudiada. Literalmente son los siguientes:

"1. Actuar como Comisión Permanente de los Congresos Indigenistas Interamericanos[51], guardar sus informes y archivos, cooperar a ejecutar y facilitar la realización de las resoluciones aceptadas por los Congresos Indigenistas Interamericanos y las de esta Convención dentro de sus atribuciones y colaborar con el Gobierno organizador en la preparación y realización del Congreso Indigenista.

2. Solicitar colectar, ordenar y distribuir informaciones sobre lo siguiente:

[51] En este sentido cabría mencionar que el artículo I de la Convención se refiere a los órganos objeto de la misma con los que los Estados americanos pretendían hacer cumplir los propósitos y finalidades expresados en el preámbulo: Entre ellos se señalaba "1.Un Congreso Indigenista Interamericano, 2) El Instituto Indigenista Interamericano, bajo la dirección de un Consejo Directivo y 3) Los Institutos Indigenistas Nacionales" a su vez en el artículo se consagra la igualdad de los Estados parte de la Convención al afirmar que "cada Estado contraparte en el Congreso y en el Consejo Directivo del Instituto es de derecho propio." Según lo señalado comprobamos que, aunque la Convención, principalmente se encarga de definir la estructura y funciones del III, también pretende regular los Congresos Indigenistas de los que el III se constituía como Comisión Permanente. Precisamente es en el artículo II de la Convención en el que se regulan las funciones y estructura de los Congresos Indigenistas, verdaderos marcos de discusión, confrontación y sistematización de la doctrina indigenista y que debía inspirar la labor del III. En el apartado 1 se establece que "El Congreso se celebrará con intervalos no mayores de cuatro años y que la fecha de su celebración serán determinadas por el Congreso anterior" el mismo apartado aclara que "la fecha señalada para una reunión puede ser adelantada o postergada por el gobierno a petición de cinco o más de los gobiernos." Más adelante los apartados tres y cuatro del artículo II hacen mención a los asistentes al Congreso. De esta manera se avanza que "El Congreso se compondrá de delegados nombrados por los gobiernos contratantes y de un representante de la Unión Panamericana. Se procurará que en las delegaciones vengan representantes de los Institutos Nacionales y queden incluidos elementos indígenas", algo que sólo ha ocurrido muy recientemente con los cambios desarrollados en el interior del III y la nueva perspectiva asumida en las últimas décadas por la dirección del organismo.

a) Investigaciones científicas referentes a los problemas indígenas;

b) Legislación, jurisprudencia y admón. de grupos indígenas;

c) Actividades de las instituciones interesadas en los grupos antes mencionados;

d) Materiales de toda clase que puedan ser utilizados por los gobiernos, como base para el desarrollo de su política de mejoramiento económico y social de las condiciones de vida de los grupos indígenas;

e) Recomendaciones hechas por los mismos indígenas en los asuntos que les conciernen;

3. Iniciar, dirigir y coordinar investigaciones y encuestas científicas que tengan aplicación a la solución de los problemas indígenas, o que, sin tenerla, ayuden al mejor conocimiento de los grupos indígenas

4. Editar publicaciones periódicas[52] y eventuales y realizar una labor de difusión por medio de películas, discos fonográficos y otros medios apropiados.

5. Administrar fondos provenientes de las naciones[53] y aceptar contribuciones de cualquier clase de fuentes públicas y privadas, incluso servicios personales.

6. Cooperar como oficina de consulta con las Oficinas de Asuntos Indígenas[54] de los diversos países.

7. Cooperar con la Unión Panamericana y solicitar la colaboración de ésta para la realización de los propósitos que les sean comunes[55].

---

[52] Esta finalidad fue cubierta desde los inicios del III, con las publicaciones *América Indígena* y *Boletín Indigenista* que iniciaron su andadura en la década de los 40 y han perdurado hasta casi la actualidad, en sus páginas encontramos las aportaciones de aquellos que a lo largo de este tiempo constituyeron el motor intelectual del indigenismo oficial.

[53] El artículo V especifica cómo ha de constituirse el patrimonio y los recursos del III. La cuota anual de cada Estado contribuyente se fijaba teniendo en cuenta la población total y la población indígena del donante, lo que dio lugar a multitud de problemas financieros debido a la disparidad socioeconómica y las crisis que se han desarrollado periódicamente en el continente americano, especialmente en centro y suramérica.

[54] Posteriormente los Institutos Nacionales Indigenistas.

[55] A partir de la Conferencia para la Reorganización del Sistema Interamericano y la creación de la Carta de la Organización de Estados Americanos (Bogotá, 1948), la colaboración entre el III y la Unión Panamericana se acrecentó. No obstante, hubo que esperar a 1953 año en el que en la ciudad de México

8. Crear y autorizar el establecimiento de comisiones técnicas consultivas, de acuerdo con los gobiernos respectivos.

9. Promover, estimular y coordinar la preparación de técnicos (hombres y mujeres) dedicados al problema indígena.

10. Estimular el intercambio de técnicos, expertos y consultores en asuntos indígenas.

11. Desempeñar aquellas funciones que le sean conferidas por los Congresos Indigenistas Interamericanos, o por el Consejo Directivo, en uso de las facultades que le acuerda esta Convención".

Especial atención debe merecernos este último punto, ya que el mecanismo de ampliación de funciones señalado, que otorgaba poder a los Congresos y al Consejo Directivo del III, permitió a lo largo de los sesenta y cuatro años de historia de la organización que sus principios, funciones y metas se fueran diversificando superando lo enmarcado en la Convención Constitutiva. Los once congresos indigenistas celebrados durante sus años de funcionamiento[56] marcaron las orientaciones que guiaron la labor del III. El conjunto de sus resoluciones contenidas en las respectivas actas[57] constituyeron el marco de referencia necesario para ampliar paulatinamente las funciones del Instituto. Esta ampliación promovida desde los Congresos Indigenistas dio lugar a que el III jugase un papel relevante en asuntos no incluidos o explicitados en su Convención Constitutiva:

D.F se firmó el acuerdo internacional entre el Consejo de la OEA y el III. El preámbulo de este acuerdo reconoce que "El Instituto Indigenista Interamericano es un Organismo Especializado Interamericano" y el primero de los artículos dispone: "El Instituto disfrutará de autonomía técnica y administrativa en relación con sus objetivos dentro de los límites que le fijan la Convención Internacional que lo creó y los términos del presente acuerdo. En todo caso el III deberá tomar en consideración las recomendaciones que le formule el Consejo de la Organización de conformidad con los términos de la Carta". Sobre la base de este Acuerdo se desarrolló la colaboración entre ambas organizaciones, colaboración que se acrecentó en el marco de los trabajos de elaboración de un Proyecto de Declaración Interamericano de los derechos de los Pueblos Indígenas, proceso en el que el III ha jugó un importante papel. Vid. III, "El indigenismo y la OEA" en *América Indígena*, Vol. XXI, Núm. 2, México, pp.95-100. OEA, "Organismos Especializados" *Reporte Anual, 2000*. OEA/ SER. G CE/GCI-9/85 *Informe del III a la Comisión Especial sobre gestión de Cumbres Interamericanas* (29-9-95) y OEA/ Ser. G CE/GCI-144/98 *Plan de Acción del III en cumplimiento de la Res. AG/Res.* 1534 (XXVIII-O/98) (17-11-98). La Declaración finalmente se adoptó por la Asamblea de la General de la OEA en 2016. Para entonces hacía mucho ya (más de 15 años) que el III había dejado de estar operativo.

[56] I Congreso Indigenista de Pátzcuaro, México, Abril de 1940; II Congreso, Cuzco, Perú, junio-julio de 1949; III Congreso, La Paz, Bolivia, agosto de 1954, IV Congreso, Guatemala, mayo de 1959; V Congreso, Quito, Ecuador, octubre de 1964; VI Congreso, Pátzcuaro, México, abril de 1968; VII Congreso, Brasilia, Brasil, Agosto de 1972; VIII Congreso, Mérida, México, noviembre de 1980; IX Congreso, Santa Fe, Estados Unidos, octubre-Noviembre de 1985; X Congreso, San Martín de los Andes, Argentina, Octubre de 1989; y el último XI Congreso Indigenista, Managua, Nicaragua, noviembre de 1993.

[57] Todas ellas han fueron publicadas por el III y han sido consultadas para la realización de este trabajo.

Educación, desarrollo comunitario, promoción de los derechos humanos, promoción y asistencia social, reglamentaciones laborales, reparto de tierras, programas de salud, vías de comunicación, defensa de la cultura indígena etc...

En esa ampliación y enriquecimientos apuntados, jugaron también un importante papel las aportaciones de la doctrina y de aquellos teóricos y directivos del Instituto que se esforzaron por sistematizar y enriquecer los principios orientadores y las respectivas funciones que el organismo debía de encarar. No podemos obviar que tal y como señaló Alejandro Mallorquín[58], en el momento de la creación del III no había una doctrina general y sistemática del indigenismo, se hacía necesario pues avanzar científicamente en el diseño de principios integrales que guiaran la labor del organismo especializado[59].

Durante los primeros años de andadura, el III, se orientó a crear un movimiento indigenista continental permanentemente renovado y cuyas acciones tuvieran una base académica y científica. A su vez, el III se centró en el rescate del patrimonio cultural de los indígenas. Esta acción estuvo dirigida a preservar la memoria histórica de los pueblos indígenas y se expresó en la publicación por el Instituto, de documentos como el *Códice Osuna*, los trabajos sobre gobierno indígena de Chávez Orozco y muchas otras investigaciones de orden antropológico y etnohistórico. En aquellos primeros años se impulsó un programa de etnomusicología apoyado por la Secretaría de Educación Pública de México y por la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos que produjo grabaciones realizadas por Henrietta Yurchenco en las comunidades Rarámuri (Tarahumara) y Wirrárika (Huichol). Otra preocupación en este campo de intervención

[58] MALLORQUÍN, Op. cit, p. 73.

[59] Innumerables son las monografías, estudios de toda índole, artículos y trabajos que podrían ser citados como inspiradores de nuevos principios de indigenismo, así como aquellos otros que intentaron resumir cuales debían ser las funciones del Instituto, sin ánimo de ser exhaustivos nos limitamos reflejar aquellos trabajos a los que hemos tenido acceso directo siguiendo el orden cronológico de su aparición: GAMIO, M. *Consideraciones sobre el problema indígena*, III, México, 1948. GARCÍA, A. "Teoría y Política del Indigenismo" en *América Indígena*, Vol. XI, Núm.4, México, 1951, pp. 281-196. COMAS, J. "Razón de ser del movimiento indigenista" en *América Indígena*, Vol. XIII, Núm. 2. México, 1953 pp.133-144 y *Ensayos sobre indigenismo*, III, México, 1953. LIPSCHUZT, A., "El movimiento indigenista y la reestructuración cultural americana", en *América Indígena*, Vol. XIII, Núm. 4, México, 1953, pp. 275-290. BETETA, A. "Algo más sobre indigenismo", en *América Indígena*, Vol. XIV, Núm, 2, México, 1954, pp.163-162. LEÓN - PORTILLA, M. *¿Qué es el Indigenismo Interamericano?*, III, México, 1966. AGUIRRE BELTRÁN, G. Informe de actividades del III, en *América Indígena*, Vol. XXVIII, Núm. 3, 1968, México, pp. 685-797. MARROQUÍN, A. op. cit, México,1977. NOLASCO, M. "América: Indios, Indigenismo y Política" en *Anales de la Escuela Nacional de Antropología e Historia*, México, 1975, 304-321. III, *Informe de actividades*, México, (1980, 1981, 1984, 1985, 1986, 1987, 1989, 1991, 1992, 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000) MATOS MAR, JOSÉ., "El Sistema Indigenista Interamericano", *Anuario Indigenista*, Vol. XXXII, III, México, 1993, pp.321-329. DEL VAL, JOSÉ., op. cit. 1996, pp. 5-20.

fue la preservación del arte indígena como expresión social y cultural de los pueblos, frente a las pretensiones etnocéntricas y universalizantes del arte occidental. Se impulsaron también por primera vez exposiciones de arte indígena, con un objetivo no sólo estético o artístico sino también con la intención de favorecer la explotación económica de este tipo de creaciones artísticas o artesanales[60], siempre en favor de sus creadores.

La lucha contra la discriminación y la segregación fue uno de los *caballos de batalla* del Instituto que de esa manera se consolidó durante los años 40, 50 y 60 del siglo XX, como la organización interamericana que mayores esfuerzos, programas, recursos humanos y técnicos destinó a denunciar y combatir esa práctica tan extendida en todo el continente. Desde una lectura particularizada el III se pronunció permanentemente contra las prácticas discriminatorias a través de innumerables editoriales en sus órganos de difusión, denunció la pretendida igualdad ante la ley que si no venía acompañada de medidas de discriminación positiva favorables a los indígenas, no encubría sino el mantenimiento del statu quo al interior de las naciones latinoamericanas y trabajó afanosamente en el plano de la investigación aplicada y los proyectos concretos en favor de los derechos de las mujer indígena[61].

La cuestión de la defensa de la propiedad colectiva y la reforma agraria, así como la denuncia del sistema de haciendas y el rechazo a disolver y privatizar las tierras comunales, por injusto e inoperante, en el plano económico, fue otro de los ámbitos de actuación en los que el Instituto más se destacó[62].

El mejoramiento de sus condiciones nutricionales de las personas pertenecientes a los pueblos indígenas fue otra de las preocupaciones del Instituto Indigenista Interamericano. Por ello la organización trabajó en sus primeros años de andadura con el objetivo de diversificar la dieta e introducir nuevos alimentos en las comunidades. En el plano de la salud indígena el III desarrolló programas vinculados a la medicina preventiva tratando de eliminar grandes endemias como la oncocercosis en México y en

[60] Según información proporcionada en el trabajo *El Instituto Indigenista Interamericano, 1940-2002.* Elio Masferrer, 40 años. Índice general de América Indígena y Anuario Indigenista. 1940-1980, Serie SEDIAL I, Instituto Indigenista Interamericano, México, 1980 pp. XIII-XXIV.
[61] Cabe destacar la serie de investigaciones realizadas sobre la cuestión de la mujer indígena en México, Panamá y Perú que sirvieron para la puesta en marcha de trabajos concretos en diversas comunidades de los países mencionados.
[62] *Ibídem.*

Centroamérica, al tiempo que se trabajaba con el objetivo de preservar aquellas prácticas de la medicina tradicional compatibles o complementarias a la medicina tradicional. En el campo de la educación, aspecto clave en el Programa Indigenista, en aquellos primeros años el III desarrolló varios macroprogramas regionales destinados a combatir el analfabetismo y a impulsar los primeros experimentos en el campo de la educación bilingüe[63].

5. EL PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN, LOS PROCESOS DE ACULTURACIÓN Y LOS DERECHOS DE LOS INDÍGENAS EN EL CONTEXTO DEL INDIGENISMO OFICIAL Y JURÍDICO INTERAMERICANO

Históricamente ha existido una tensión entre los principios inspiradores del indigenismo oficial y la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en el marco de la estrategia paternalista desarrollada durante décadas en Latinoamérica llamada a promover la integración/asimilación de aquellos a la sociedad nacional. Así lo puso de manifiesto el Relator Rodolfo Stavenhagen al reflexionar sobre los objetivos del indigenismo y los derechos humanos "El indigenismo oficial tenía objetivos y propósitos relativamente claros. En primer lugar, se consideraba que una adecuada política indigenista era necesaria para acelerar y consolidar la integración nacional de los países latinoamericanos. En segundo lugar, las políticas indigenistas servirían para promover el desarrollo económico y social de las comunidades indígenas, generalmente marginalizadas frente al progreso material que se daba en otras regiones y sobre todo en los centros urbanos. Se esperaba que las políticas indigenistas contribuyeran a sacar a las comunidades indígenas de su atraso secular. Si bien detrás de estos propósitos también puede encontrarse una postura moral, una vaga concepción de justicia incumplida (...) sería raro encontrar en los debates de aquellos años -me refiero a las décadas inmediatamente posteriores al Congreso de Pátzcuaro- una referencia sistemática a los derechos humanos, y particularmente a los derechos indígenas, como discurso justificador de las políticas indigenistas. Por el contrario, el indigenismo era visto como una

[63] Cabe destacar que en el plano de las preocupaciones en torno al impacto de la educación sobre las culturas indígenas que el Instituto apoyó las investigaciones de importantes antropólogos y pedagogos como los trabajos de Laura Thompson en Estados Unidos y de Oscar Lewis en México sobre la personalidad indígena y la cultura de la pobreza.

obligación gubernamental, como una política del Estado dirigida a los indígenas en función de los intereses del propio Estado y de la nación en su conjunto. De allí que el indigenismo en Latinoamérica adquiriera esos aspectos paternalistas y a veces autoritarios que en años posteriores serían criticados y rechazados en forma creciente por los propios pueblos indios. Los servicios públicos proporcionados a las comunidades indígenas (con resultados variables) no eran considerados como un derecho de estas, sino como una concesión del propio Estado, que de esta manera se hacía acreedor de la gratitud y de la sumisión de los pueblos indios"[64]

Aún, estando de acuerdo en gran medida con la cita del experto mexicano ya fallecido, quien fuera el primer Relator de la Organización de Naciones Unidas sobre derechos y libertades fundamentales de los indígenas, considero que el asunto de los derechos indígenas sí estuvo presente, de algún modo, en el marco de la doctrina indigenista, aunque fuera de manera no explícita y se viera reducido a una concepción individualista de los mismos, centrada en la satisfacción de las necesidades básicas y el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de sus derechos civiles (y quizás en menor medida los políticos), como condición para la integración de estas comunidades étnicamente diferenciadas. Ciertamente la Convención de Pátzcuaro no recoge de manera explícita nada relativo a los derechos de los indígenas, ni en su preámbulo ni en su articulado se hace mención a esta temática. Pese a ello, en mi opinión, la preocupación por garantizar los derechos humanos de estas poblaciones estuvo presente desde el inicio de las actividades del Instituto, no hay que olvidar que el Primer Congreso Indigenista, como antes veíamos, reconocía el derecho de las personas indígenas a disfrutar de la asistencia pública y equiparaba a los indígenas en derechos con el resto de los habitantes del continente, lo cual a mi entender supuso un reconocimiento de su situación de especial vulnerabilidad.

En ese sentido si definimos al indigenismo como una doctrina y una práctica continental preocupada por la difícil y precaria situación material y espiritual en que se encontraban los indígenas en América (denominados en la época en muchos textos indios o amerindios) y que aspiraba a lograr un mejoramiento de ambos aspectos hasta incorporarlos a la vida ciudadana del país en el que residían, elevando su nivel socio-

[64] STAVENHAGEN, R. "Los derechos indígenas en el sistema internacional un sujeto en construcción", en *Revista del IIDH,* Vol. 26, 1998, pp.81-82.

económico y cultural, y convirtiéndoles en activos factores de producción y consumo[65], podemos situar que el indigenismo no era ajeno a los derechos humanos y que con su accionar pretendía hacer efectivos entre las poblaciones indígenas, los derechos civiles, políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, aunque estos últimos estuvieran vinculados al acceso a la cultura de las sociedades dominantes.

Pero es que a su vez, uno de los principios fundamentadores de la práctica indigenista y del propio Instituto "la integración de las poblaciones indígenas" sirvió para reforzar esta preocupación por los derechos de los pueblos indígenas, aunque manifestase un trasfondo claramente paternalista y un altruismo falseado tras el cual se encubrían en muchas ocasiones los intereses de los gobiernos en cuanto al desarrollo de sus naciones y la intencionalidad de hacerlos parte (a los indígenas) de la población mayoritaria, transformando su cultura y sus formas de vida.

El principio de la *integración* partía del siguiente supuesto teórico: los pueblos indios estaban marginados de la vida política, económica y cultural del continente, por lo que era necesario integrarlos a la vida moderna y convertirles en beneficiarios del progreso. La propia conceptualización explícita dada por el Primer Congreso Indigenista incidía en esta cuestión al definir al indio como "un individuo económica y socialmente débil,"[66] lo que realmente sirvió para establecer una conexión entre ser indígena e indigente, la cultura indígena era la cultura de la pobreza[67]. El objetivo por lo tanto del indigenismo oficial y todo su envoltura jurídico-institucional era abordar la tarea de la

[65] Así lo definía uno de los teóricos indigenistas más destacados, Juan COMAS en su trabajo "Ensayos sobre indigenismo" III, México, 1953, p. 241.

[66] Años más tarde la OIT reiteraba esta situación económica y socialmente débil de los indígenas latinoamericanos al tiempo que negaba que la problemática indígena fuera de índole racial. Para la OIT, cuyo Convenio 107 de la época se inspiró, como ya señalábamos antes en el texto, en el indigenismo integracionista, en la ecuación etnicidad-pobreza el segundo factor era el realmente importante. "Todos los países latinoamericanos han adoptado una política de igualdad racial. Sin embargo, en algunos, parte de los descendientes de los habitantes primitivos viven todavía en condiciones de tribu o de semitribu, por lo que algunos gobiernos han considerado necesario dictar disposiciones especiales para su protección y asistencia. Solamente en este sentido limitado se puede hablar del "problema indio". Además, las cuestiones que conciernen especialmente a la población indígena, no ya como indios, sino por ser el sector de la población más atrasado y oprimido no puede considerarse que forman parte del problema indio, sino más bien de la totalidad de los problemas sociales del país, debiendo ser enfocado desde el punto de vista de las reformas generales y no desde el de una raza particular". OIT, *Poblaciones indígenas*, Ginebra, 1953, p. 625.

[67] Ver a este respecto las obras del sociólogo norteamericano ya citado previamente Oscar LEWIS, *La antropología de la pobreza y Los hijos de Sánchez*, Grijalbo, México, 1982, la primera edición en inglés data de 1961.

integración del indio[68], poniendo énfasis en medidas de protección y promoción a fin de elevar su calidad de vida, apartarle del atraso y la ignorancia en la que residía, satisfaciendo sus necesidades[69] y atrayéndole hacia los beneficios de la modernización y del progreso; proporcionándole en definitiva una vida autónoma y digna, eso sí que siempre se definía desde ámbitos no indígenas. Por todo ello era necesario acercar a los pueblos indígenas, -lo quisieran o no, sin contar con ellos por supuesto- a los "indiscutibles" beneficios del progreso, elevando su calidad de vida, sus ingresos, su capacidad de consumo, apartándoles del atraso y la ignorancia en la que vivían y garantizando el derecho a la protección de los poderes públicos. La diferencia les marginalizaba y por lo tanto el gran objetivo era convertirlos en ciudadanos sujetos a las normales vicisitudes y luchas inherentes a su vida como seres humanos sin distinciones, diferenciaciones ni discriminaciones[70].

Desde estos planteamientos y estrategias modernizadoras, de componentes claramente paternalistas, durante gran parte de la segunda mitad del siglo XX, se desarrollaron misiones oficiales y macroprogramas de integración para los eternos excluidos, consistentes en la apertura de caminos hacia sus comunidades más recónditas, la recolocación en las ciudades y la consecuente proletarización de millones de indígenas, el abandono de sus sistemas tradicionales de subsistencia y su reemplazo por técnicas de explotación modernas y métodos de producción homogéneos que asegurasen mayor crecimiento económico, así como los consistentes en la aplicación de proyectos de castellanización masiva en comunidades y desentendimiento o abandono de los idiomas y costumbres tradicionales.

La integración tenía varias dimensiones o si se prefiere tenía varios ámbitos de acción: político, socio-cultural y económico[71], pero ante todo debía lograrse a por la vía

[68] Sin que esto supusiera la desaparición de los valores positivos de la personalidad histórica y cultural del indio que debían ser conservados e incorporados al patrimonio de la nación.
[69] GAMIO, M. *Las necesidades indígenas y los medios de satisfacerlos,* III, México, 1949.
[70] COMAS, J. *Ensayos sobre indigenismo,* III, México, 1953, p. 13, citado en OVANDO SANZ, J. Alejandro, *Indigenismo,* Librería editorial Juv. La Paz, 1979.
[71] Bretón SOLO DE ZALDIVAR puso de manifiesto esta multidimensionalidad del indigenismo integracionista " (...) Para los regímenes surgidos al calor del desarrollismo entonces al uso, la política indigenista era un aspecto de un proyecto económico, cultural y político mucho más amplio: buscaba la integración económica (el indio debería descomunalizarse, mercantilizarse y convertirse por medio del desarrollo comunitario o de la reforma agraria en campesino o en proletariado urbano), la integración cultural (vía castellanización a través, a veces de programas de educación bilingüe) y la integración política (que rechazaba cualquier forma de autonomía en nombre de la unidad de la patria) en aras de la construcción de la identidad nacional", V. *Cooperación al desarrollo y demandas étnicas en los Andes ecuatorianos. Ensayos sobre indigenismo, desarrollo rural y neoindigenismo,* 2001, p 38. Ya citado previamente.

de la educación y su instrumento prioritario, las escuelas, a través de las cuales los indígenas deberían ir asimilando los valores occidentales que se veían como una gran aportación frente a aquellos valores tradicionales de su cultura autóctona que habría que desactivar puesto que frenaban el desarrollo de los indígenas y como consecuencia de ello, el desarrollo de toda la nación y del todo continente.

En palabras de Alfonso Caso y Andrade, uno de los grandes teóricos del indigenismo integracionista[72], desde una perspectiva general, "el fin claro y terminante que nos proponemos es acelerar la evolución de la comunidad indígena para integrarla cuanto antes -sin causar una desorganización en la propia comunidad- a la vida económica, cultural y política (...); es decir, nuestro propósito es acelerar el cambio, por otra parte inevitable, que llevará a la comunidad indígena a transformarse en una

[72] En efecto Alfonso Caso y Andrade, con formación universitaria en derecho y arqueología, se constituyó en uno de los grandes teóricos del indigenismo integracionista, durante muchos años fue el encargado de que el Instituto Nacional Indigenista, sucursal mexicana del III creada en 1948, desarrollara una labor eficiente en el manejo de la problemática indígena y las estrategias de integración. Fue director de esta agencia desde su fundación hasta el año de su muerte en 1970. Para una aproximación a la labor efectuada por el INI en estos años puede consultarse INI, *Instituto Nacional indigenista.30 años después. Revisión crítica* (número especial de aniversario, *México indígena)*, INI, México, 1978; INI, *Instituto Nacional indigenista. 40 años*, INI, México, 1988; *III. 1989-1994*, INI, México, 1994. La gran preocupación de Caso, en el ámbito de la teoría indigenista, fue encontrar una definición del indígena apropiada, que combinara los aspectos culturales y étnicos y la peculiar realidad socio-económica de estas poblaciones, y que en definitiva permitiera identificar hacia quien deberían ir dirigidas las estrategias de integración, racionalizar y dar coherencia a las políticas integracionistas Como ya hemos visto el asunto de la definición del indígena o de los pueblos indígenas, sigue siendo una cuestión todavía sin resolver en el presente. En su opinión, la principal utilidad de esta definición estribaba en su permanencia ante una transformación constante. Para definir al indio debían tomarse en cuenta los aspectos culturales y de comunidad, el individuo indígena no podía ser definido sino era en el marco de su pertenencia a una comunidad concreta, como ser que comparte valores dentro de un grupo, tomando en cuenta que es la comunidad en su conjunto la que recibe los posibles beneficios de los programas para el mejoramiento de las condiciones de vida de sus integrantes. El elemento subjetivo-identitario vinculado a la importancia de sentimiento de pertenencia a un grupo, la necesidad de sentirse coparticipe de un proyecto civilizatorio común, de encontrar significado y relevancia a la vida individual como participante de una comunidad, es uno de los rasgos más marcados de la definición que nos propone. En su opinión "es indio todo individuo que siente pertenecer a una comunidad indígena; que se concibe así mismo como indígena (conciencia de pertenencia) porque esta conciencia de grupo no puede existir sino cuando se acepta totalmente la cultura del grupo; cuando se tiene los mismos ideales éticos, estéticos, sociales y políticos de grupo; cuando se participa en las simpatías y antipatías colectivas y se es en buen grado colaborador en sus acciones y reacciones. Es decir que es indio el que siente pertenecer a una comunidad indígena" El indígena por lo tanto como miembro de una comunidad, ésta es definida "como el conjunto de aquellos individuos que viven dentro de un marco cultural, que se sienten pertenecer a una cultura indígena y que son los que presentan problemas característicos distintos de los problemas de la población mestiza del campo y de las ciudades en nuestras repúblicas" CASO, A. *La Comunidad indígena*, SepSentas, México, 1971, pp. 90-91. Pero indudablemente sus aportaciones teóricas aunque importantes, quedaron en un segundo plano ante su preocupación por fomentar en el contexto mexicano, tan importante para el indigenismo interamericano, políticas públicas que permitieran integrar eficientemente a los indígenas a través de acciones y estudios integrales y multidisciplinares, en las que los beneficiarios debían sentirse protagonistas de su propio desarrollo y las autoridades deberían abandonar el tratamiento paternalista hacia los indígenas.

comunidad campesina (...) y a la región indígena en una región (...) con todas las características que tienen las otras regiones..."[73]

La integración, en los diferentes ámbitos apuntados, significaba por lo tanto, desechar aquellos aspectos negativos que fomentaban el atraso (técnicas caducas de cultivo, supersticiones, medicina tradicional e ineficiente etc...) al tiempo que se promocionaban los aspectos positivos de su cultura para dignificar las condiciones de vida del indígena y equiparar su situación a la de otros sectores de la región. La finalidad de todo este proceso apuntado era el de la integración de los indígenas en sus respectivas naciones, el del reconocimiento de sus libertades y derechos fundamentales y en definitiva el de la inclusión práctica en la categoría de ciudadanos. Como ha señalado Núñez Loyo[74] "Los objetivos que se plantearía el Instituto (...) se basaban en la confección, regulación, aplicación y seguimiento de las medidas encaminadas a proveer a satisfacción las necesidades y pretensiones más legítimas de las comunidades indígenas" .

El principio de integración va aparecer unido como vemos a los procesos de cambio cultural[75] o aculturación producto de la unión, proximidad y coexistencia en un mismo espacio y tiempo de dos culturas y caracterizados por un conjunto de mecanismos por los que se transmite la cultura teniendo como resultado "influencias recíprocas" derivadas del contacto entre una cultura modernizada, con avances en el campo de la tecnología y una cultura arcaica, producto de la tradición, con estructuras básicas. Para Aguirre Beltrán, director del III entre 1966 y 1970 y uno de los teóricos del indigenismo más destacados, la aculturación había comenzado desde el momento en que el hombre europeo entró en contacto con las poblaciones indígenas y "supone el proceso del cambio que emerge del contacto de grupos que participan en culturas distintas. Se caracteriza por

[73] CASO, Alfonso, *ibídem,* p. 139.
[74] NUÑEZ LOYO, Verónica, *Crisis y redefinición del indigenismo...*op. cit., p. 34.
[75] El cambio cultural va a ser una de las grandes obsesiones de los teóricos del indigenismo, que van a afianzar los procesos de integración de los indígenas a la sociedad a partir de estrategias aculturadoras y/o modificadoras de los patrones de comportamiento de estas comunidades, AGUIRRE BELTRÁN nos expondrá su visión al respecto "Una de las pocas constantes de la existencia humana es el cambio cultural. Ninguna cultura viviente es estática por grandes que sea su aislamiento, por escasa que sea su población, o por sencillo que sea su utillaje tecnológico. Los cambios en la cultura pueden ser lentos y de tal modo minúsculos, que aún vistos en perspectiva histórica, de la sensación de estancamiento, no obstante, de generación en generación, esa cultura evoluciona y el estudio minucioso de sus normas de conducta muestra siempre un número abrumador de modificaciones (...) En debido contraste, otras culturas cambian velozmente y se modifican de generación en generación, a tal grado que la adaptación a lo nuevo exige el mantenimiento de una actitud psicológica hospitalaria a las innovaciones. La cultura moderna de los países altamente desarrollados es ejemplo de cultura en proceso de cambio acelerado. *Regiones de refugio. El desarrollo de la comunidad y el proceso dominical en mestizoamerica,* INI, México, 1987, p. 3.

el desarrollo continuado de un conflicto de fuerzas, entre formas de vida de sentido opuesto, que tienden a su total identificación y se manifiestan, objetivamente, en su existencia a niveles variados de contradicción. La aculturación se determina por el conflicto entre elementos opuestos de dos culturas antagónicas. El carácter conflictivo del encuentro entre Occidente y el mundo indígena salta a la vista donde quiera que se le examine"[76].

El objetivo era, a partir de las estrategias integracionistas de indigenismo oficial, que ese conflicto generado espontáneamente por el choque de elementos culturales opuestos se trasmutara en una aculturación inducida a partir de la cual se favoreciera el reconocimiento de la alteridad por parte de los grupos implicados en ese proceso de aculturación. Es decir que al reconocer lo diferente, los actores se reconocieran así mismos, se identificaran y visualizaran insertos en un proyecto cultural común, producto del mestizaje. La identificación de unos y otros habría de conllevar el origen de una singularidad cultural, de una cultura mestiza que conjugase elementos de las dos culturas en conflicto. El mestizaje era por lo tanto un elemento central en las estrategias integracionistas, y debía jugar un papel primordial como instrumento unificador en el marco de realidades sociales heterogéneas. Ahora bien, este reflejo del proceso de aculturación evidentemente se nos presentaba idealizado. No hay que olvidar que tradicionalmente en los procesos de aculturación -que se desarrollan en el marco de relaciones asimétricas de dominio-, la cultura dominante impone sus elementos a las culturas acorraladas, y si bien esto no significa que estas no aporten nada a aquellas y siempre podamos hablar de una cierta retroalimentación, lo cierto es que la complementariedad y mutua identificación apuntada por Beltrán, no suele ser la nota dominante. Tras los procesos de aculturación solemos encontrarnos con culturas que se imponen sobre otras, con culturas envolventes que generan procesos de *subsunción* real de las culturas más debilitadas. En ese sentido podemos afirmar que en gran medida integración y aculturación, se asemejaban a procesos de asimilación de los pueblos indígenas a las culturas envolventes, pese a que este hecho fuera negado por la mayoría de los teóricos y técnicos del indigenismo integracionista[77].

[76] AGUIRE BELTRAN, *Proceso*, 1982, op. cit., p. 43.
[77] En ese sentido se expresaba el profesor Ernest BEAGLEHOLE, Director de la Misión Andina Indigenista de las Naciones Unidas, el III y la OIT, al diferenciar *asimilación* e *integración*: "El propósito de toda transformación social, cuando se aplica a una población indígena, puede consistir en la asimilación o en la integración. Por asimilación se entiende generalmente una absorción mutua debida a la íntima mezcla de

Jef Rens, Director General Adjunto de la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT, organización muy implicada en los programas indigenistas del III[78], se refería a esta distinción entre asimilación e integración: "Esta doctrina implica el reconocimiento de los valores culturales propios de las poblaciones indígenas; lejos de querer destruir estos valores, tiende a vencer los prejuicios que existen con respecto a ellos. Mientras que para esas poblaciones la asimilación significa el abandono de sus características peculiares, la integración les da el derecho de entrar en la vida nacional del país en que viven, al mismo tiempo que salvaguarda su personalidad propia. La doctrina de la integración no se limita, sin embargo, solamente a los derechos así definidos, sino que responde también a las necesidades de orden económico, así como a las aspiraciones y a las necesidades de las masas populares. Efectivamente la integración de las poblaciones aborígenes en la vida de sus naciones respectivas, responde a un doble imperativo: por una parte, dicha integración representa las aspiraciones de esos pueblos desfavorecidos que en todas partes del mundo, han iniciado la marcha hacia la conquista de un destino mejor; por otra,

varias culturas como resultado de la cual una sociedad dualista o pluralista crea una nueva forma de cultura, una resultante, llamémosla así, en la que participan plenamente todos los elementos sociales tradicionales, sea cual fuere su origen. (...) Por otra parte, la integración social constituye un proceso análogo al de la organización de un sistema nervioso central o de las funciones psicológicas en la personalidad de un individuo. Es como un proceso en que cada elemento se basta teóricamente a sí mismo en su estructura y en su funcionamiento, más funciona en realidad de forma tal que ejerce una influencia recíproca en los demás elementos o sistemas que constituyen la totalidad orgánica. Por lo tanto, la clave para comprender un conjunto social integrado reside en la percepción de las acciones y reacciones complementarias que tienen lugar entre partes teóricamente autónomas. De la medida en que se realiza la integración depende que los elementos primitivamente autónomos se conviertan en partes de un todo más amplio sin perder por ello su propia identidad cultural. También se efectúan acciones recíprocamente complementarias, de manera que el éxito económico o el bienestar de un grupo dependen de una transformación y un progreso similares en otro grupo y que llegan a producir al mismo tiempo. El grado en que los miembros de los grupos se fusionan entre sí podrá ser variable. Es posible que además existan diferencias religiosas o lingüísticas. Cuando se respetan dichas diferencias, la vida común se enriquece, por lo cual no constituyen un factor de división sino de integración. Existe una clase de integración aparente, basada en una relación de superior a inferior entre civilizaciones distintas. En períodos de estabilidad y aislamiento sociales, dichas integraciones aparentes podrán poseer algunas de las características del estado de equilibrio. Frecuentemente, sin embargo, el carácter precario de dicho equilibrio se manifiesta en cuanto cesa el aislamiento. Una vez establecida la verdadera integración, podrá adaptarse probablemente a transformaciones sociales ulteriores, ya que el sistema integrado se ha establecido el principio de la adaptación mutua y de la acción recíproca como base y parte integrante de sus estructuras y funcionamiento. En general, el experto no necesita preocuparse de las consecuencias sociales definitivas de su actuación. Su finalidad inmediata consiste en mejorar las condiciones higiénicas de una población, perfeccionar sus métodos artesanales, fomentar el bilingüismo, organizar el suministro de electricidad, la construcción de carreteras y escuelas. Su problema consiste en determinar simplemente los métodos adecuados para progresar hacia los objetivos asignados (...)" En "Factores sociales que intervienen en el proceso de transformación tecnológica" en OIT, *Informe de la Misión Conjunta de las Naciones Unidas,* Ginebra, 1953, t. II, pp. 66-68. Ya citado.

[78] En efecto, fue durante el mandato de Gamio como Director, durante el cual el III firmó un acuerdo de colaboración con la OIT, al que vino a sumarse el departamento de Asistencia Técnica de la OEA para preparar personal indigenista y técnicos indígenas. En ese momento se inició una colaboración entre la OEA y el III, que se mantuvo hasta que el Instituto quedó inoperativo a principios del siglo XXI.

responde a la necesidad que experimentan los países insuficientemente desarrollados, en que viven esas poblaciones aborígenes y que aspiran a organizar una economía moderna, de superar en forma radical las barreras que separan todavía a los aborígenes de otros sectores de la población y que, por tal causa, obstaculizan la introducción de nuevas formas de producción. (...) No obstante, el problema que se plantea exige esfuerzos gigantescos; se trata, en efecto, de que la población india -que vive todavía muy por debajo de lo que se entiende por condición humana- se eleve a un nivel de civilización que hasta la actualidad, ha sido en estos países patrimonio exclusivo de otros sectores de la población (...) La doctrina de la integración constituye la antítesis de las teorías racistas y representa, en cierto modo, una expresión moderna y práctica del humanismo (...) no se limita únicamente a proclamarse la igualdad de derechos, a reconocer la validez de las necesidades sociales y económicas y la legitimidad de las aspiraciones culturales, sino que insiste sobre ciertos aspectos de la acción a desplegar con vistas a aplicar estos derechos a le realidad cotidiana (...)[79].

En ese sentido quizás Alfonso Caso quien partía en su análisis de la existencia de una estructura dual en las sociedades americanas, una modernizada en crecimiento y capitalista, otra de subsistencia, arcaica, acorralada, atrasada, rústica, con muy baja especialización y escasa división del trabajo, fue más realista al reconocer abiertamente que "existen grupos atrasados que forman comunidades a las que hay que ayudar para lograr su transformación en los aspectos económico, higiénico, educativo y político; es decir, en una palabra, la transformación de su cultura, cambiando los aspectos arcaicos, deficientes -y en muchos caso nocivos, de su cultura- en aspectos más útiles para la vida del individuo y de la comunidad. Lograr esta transformación es lo que se llama aculturación."[80] En otro de sus trabajos complementará "Al desaparecer las condiciones que hacen a los indígenas seres inferiores social y culturalmente, desaparecerá el indio como tal para ser sustituido por un tipo de campesino (...), integrado a la nacionalidad, con plena participación en la vida económica, política, social, etc"[81]. En definitiva, el objetivo de la acción indigenista (teórica y práctica) partía del reconocimiento de una problemática que debía resolverse y que remitía a las condiciones objetivas de atraso de

[79] RENS, J, *El Programa Andino,* Ginebra, 1961, pp. 12-14.
[80] Alfonso CASO, *La Comunidad indígena*...op. cit., p. 90
[81] Alfonso CASO, "Indigenismo" en *Revista de la Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales,* UNAM, México, enero-junio, 1958, p. 156. Impresiona el objetivo claramente etnocida que se planteaba este autor y responsable del indigenismo oficial.

las comunidades indígenas con relación al resto de la población, producto del rechazo que estas manifestaban a los cambios tecnológicos y de su voluntad de aferrarse firmemente a culturas y tradiciones que nada tenía que ver con las técnicas de desarrollo capitalista que les permitiría modernizar sus comunidades. Se requería por lo tanto una acción indigenista integral, llamada a manejar estratégicamente los procesos de aculturación con el fin de integrar a estas poblaciones a la vida nacional. Esta acción indigenista integral se estructuraba a partir de un conjunto de campos complementarios, el legal, el agropecuario, el infraestructural, el educacional y el de salubridad que buscaba promover la integración de los indígenas en los ámbitos (económico, sociocultural y político) antes estudiados.

Como acertadamente apuntara Warman el proyecto indigenista integracionista-aculturador, propondrá que "el indio se incorpore aceptando los valores positivos de Occidente, como la economía, la lengua la ciencia y la tecnología, la organización política y por supuesto, la idea de progreso manifiesto. Occidente absorberá en cambio los valores positivos indígena como el arte, la sensibilidad y por supuesto la historia"[82]; en clara referencia a la apropiación que de la historia prehispánica hicieron, y han continuando haciendo, las sociedades latinoamericanas en la búsqueda de su identidad nacional. Nótese que frente a la apropiación de los indígenas de elementos estructurales de Occidente (economía, política, progreso) se apunta la apropiación de elementos menores de las culturas indígenas por parte de Occidente (arte, sensibilidad...)

A partir de estas premisas asumidas por los funcionarios y los responsables del III, el Organismo enlazará sus actividades con la promoción de los derechos de los pueblos indígenas, desarrollando actividades de diversa índole que nos hemos permitido agrupar en cuatro apartados:

1) Estudio e investigación de la realidad de subdesarrollo y vulneración de los derechos fundamentales en las que se desenvolvían las poblaciones indígenas. Elaborando trabajos monográficos sobre diversos aspectos de la vida comunitaria indígena que impedían su progreso global tales como: desigual distribución de la tierra, insalubridad indígena, servilismo encubierto, carencias educacionales, desatención

[82] WARMAN, "Todos santos y todos difuntos" en WARMAN, *De eso que llaman antropología mexicana*, op. cit. p.27.

jurídica...se pretendía dar con las claves que posibilitaran soluciones integrales que permitieran subsanar esa realidad de subdesarrollo apuntada[83].

2) Sirviendo de foro de denuncia y difusión de la vulneración de los derechos humanos individuales de los indígenas a través del *Boletín y las Noticias Indigenitas.*

3) Promoviendo reformas legislativas indigenistas, llamadas a sustituir los códigos normativos inspirados en concepciones racistas, encaminadas a incorporar leyes o medidas protectoras para la población indígena y apuntando algunos principios cercanos a un cierto pluralismo jurídico muy matizado[84].

4) Haciendo de los Congresos Indigenistas un foro de debate, discusión y codificación de los derechos indígenas[85].

En este campo de acción cobra especial relevancia, y con ello concluimos este trabajo, la Declaración de Derechos de las Poblaciones Indígenas de América (a continuación la reproducimos), que asumiendo la aportación normativa y el valor como fuente de Derecho Superior de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de Naciones Unidas y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre[86], fue adoptada por el III Congreso Indigenista Interamericano:

"Considerando:

Que la Declaración Universal de Derechos del Hombre aprobada por las Naciones Unidas, especialmente en su Preámbulo considerativo y en sus artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 17º, 21º, 22º, 26º, 27º, 28º, consagra de manera general los derechos del ser humano;

Que, por otra parte, las resoluciones y recomendaciones de los dos primeros Congresos Indigenistas Interamericanos y las experiencias de los países que han realizado

[83] COMETTA MANZONI, A. "Realidad actual del Indio" en *América Indígena,* Volumen VIII, Número 3, México, 1948; III. *El indio y la propiedad de la tierra,* México, 1957; III. *La salud del Indio,* México, 1952; III. "S.O.S de la Población Indígena" Editorial en *América Indígena,* Vol. IX, Núm.2, 1949.
[84] Cabría aquí recordar la recomendación del Primer Congreso Indigenista en el sentido de que "el principio básico debe ser: igualdad de derechos y de oportunidades, para todos los grupos de la población americana".
[85] En todos los Congresos Indigenistas ha habido Comisiones de Trabajo programadas para discutir sobre los derechos indígenas.
[86] La colaboración entre el Instituto y la Organización de las Naciones Unidas se inició muy tempranamente y uno de los ámbitos de colaboración fue precisamente la promoción de los derechos fundamentales Vid. III., "Las Naciones Unidas y el III" en *América Indígena,* Vol. IX, Nº 3, 1949 y BUITRÓN, A. "Las Organizaciones Internacionales y el Indio" en *América Indígena,* Vol. XIV, Núm. 2, México,1954, pp. 103-112.

programas de reforma agraria, han proclamado igualmente, para las poblaciones indígenas americanas, el pleno ejercicio de sus derechos económicos, políticos y sociales el III Congreso Indigenista Interamericano resuelve:

Declarar solemnemente proclamados los siguientes derechos esenciales de las Poblaciones Indígenas Americanas:

a) Derecho vital a la tierra y a la libertad

b) Derecho al voto universal

c) Derecho al trato igualitario

d) Derecho a la organización comunitaria, sindical y cooperativa.

e) Derecho a la densidad demográfica, a las contribuciones económicas y a las necesidades de las poblaciones indígenas

f) Derecho al respeto de sus culturas tradicionales e incorporación de estas a la técnica moderna.

g) Derecho a la educación integral"[87]

Es indiscutible el valor moral e ideológico y el potencial normativo de esta Declaración poco conocida y poco citada por la doctrina y que sin embargo constituye un antecedente de las actuales declaraciones (universal y americana) sobre los derechos de los pueblos indígenas[88]. En aquellos momentos no interesaba tanto el reconocimiento del derecho a la diferencia de las poblaciones indígenas (nótese que en ningún momento se habla de pueblos indígenas sino de poblaciones), algo muy presente en el tratamiento que el Derecho Internacional de los derechos humanos de nuestro tiempo otorga a la problemática indígena, como el hecho de asegurar a estas poblaciones y especialmente a sus miembros, los derechos fundamentales, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que les equiparaban en oportunidades al resto de los nacionales de los diferentes Estados americanos. No se trataba pues de conformar nuevas categorías de derechos específicos para los indígenas sino de asegurarles la protección de los derechos fundamentales reconocidos para todos los ciudadanos, aunque algunos de ellos fueran de

[87] Adoptada en el transcurso del III Congreso Indigenista Interamericano, La Paz, Bolivia 1954,
[88] El que se discute en el marco del Grupo de Trabajo ad hoc, dependiente de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación de las Minorías de Naciones Unidas y la Declaración Interamericana que se está discutiendo en el marco de la OEA.

titularidad colectiva (tierra, cultura, organización comunitaria y cooperativa), lo cual si supuso una novedad en aquellos tiempos.

En conclusión, en la época estudiada en este artículo, -cuyo pretexto ha sido relacionar a los pueblos indígenas con la Declaración de Bogotá- tal y como señalaba Henry Favre "la legislación indigenista (y consecuentemente la defensa de los derechos de los indígenas) no apuntaba a dotar al indio de una categoría especial, y de ninguna manera infringía el principio de igualdad en que descansa el régimen republicano. Lejos de resucitar el sistema al mismo tiempo proteccionista y discriminatorio de las leyes de Indias, pretendía por el contrario hacer efectivos los derechos de ciudadanía que la población india adquirió con la independencia y que nunca pudo ejercer debido a su condición. Las disposiciones protectoras que contenía no iban más allá de las que disfrutaban otras categorías de la población, como los niños, las mujeres y los obreros, en razón de la particular posición que ocupaban en el cuerpo social"[89].

Sirva esta cita de conclusión final del trabajo, añadiendo solamente que tanto la Declaración de Bogotá, como la Carta de Garantías Sociales, la Convención de Pátzuaro, las resoluciones de los congresos indigenistas, la Declaración de los derechos de las Poblaciones Indígenas de América y el resto de instrumentos indigenistas, así como el propio Convenio 107 de la OIT, sobre los que aquí hemos tratado, fueron producto de su época. Respondieron así, a un contexto determinado en el que el movimiento indígena aún estaba muy descoordinado y desestructurado, prácticamente era inexistente. Los indígenas de aquellas décadas no contaban con capacidad de incidencia en el plano político, legal y socio-cultural ni al interior de sus naciones ni mucho menos en los foros regionales como los vinculados a la OEA. Otros, los indigenistas, hablaban y decidían por los indígenas.

Pese a ello debemos de hacer una valoración positiva, siempre contextualizada, en las posibilidades que ofrecía una época como aquella, de muchas de las disposiciones y principios estudiados en este artículo. Aquel marco normativo (e institucional) de manera incipiente, estaba sentando las bases de una legislación, unos reconocimientos en el campo de los derechos de los pueblos indígenas y unas políticas públicas renovadas que llegarían tiempo después. Como en cualquier proceso histórico y concreto, que responde a una cierta lógica secuencial, sin todo aquello, no habríamos llegado hasta aquí.

[89] Op. cit, 1996, pp.108-109.

Fue, con todas sus carencias, un paso más y un paso necesario para la conformación de un estatuto internacional de protección de los derechos de los pueblos indígenas, en cuya creación y consolidación, el sistema interamericano desde su campo de acción regional ha jugado un papel determinante, de tal manera que podemos establecer un hilo conductor entre la Declaración de Bogotá de 1948 y la reciente Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas adoptada por la Asamblea General de la OEA en 2016.

Revista Electrónica Iberoamericana ISSN: 1988 - 0618
http://www.urjc.es/ceib/ Vol. 13, Edición Especial, 2019

MIGRACIONES Y DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y LOS DEBERES DEL HOMBRE. LA CONTRIBUCIÓN DE LA DECLARACIÓN A LA CONFORMACIÓN DE UN DERECHO INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES

MIGRATION AND AMERICAN DECLARATION ON THE RIGHTS AND DUGIES OF MAN. THE CONTRIBUTION OF THE DECLARATION TO THE CONFIGURATION OF AN INTERNATIONAL MIGRATION LAW

Carmen Pérez González[1]

Universidad Carlos III, España

RESUMEN

El propósito del presente trabajo es doble. De un lado, se analizará de qué modo ha sido intrerpretada la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre por los órganos de protección de derechos humanos del sistema americano en lo que hace a la garantía de un eventual derecho a la movilidad humana y a la protección de los derechos humanos de los migrantes. De otro, se pretende reflexionar sobre cuál ha sido la contribución de la Declaración a la conformación de un Derecho Americano de las Migraciones y, en última instancia, de un Derecho Internacional de las Migraciones, y a la protección de los derechos humanos de las personas en el contexto de la migración.

PALABRAS CLAVE: Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, migraciones internacionales, derechos de los migrantes, niñez migrante, *non-refoulement*, Derecho Internacional de las Migraciones, Derecho Americano de las Migraciones, humanización del Derecho internacional.

ABSTRACT

The aim of this work is twofold. On the one side, it will be analyzed how the American Declaracion on the Rights and Duties of Man has been interpreted by the supervisory bodies of the Inter-American human rights system regarding the guarantee of

[1] Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad Carlos III de Madrid.

a possible human right to mobility and the protection of the human rights of migrants. On the other side, I will reflect on the contribution of the Declaration to the configuration of an American Migration Law, and ultimately, to an International Migration Law, and to the protection of the human rights of individuals in the context of migration.

KEYWORDS: American Declaration on the Rights and Duties of Man, international migation, migrant's rights, migrant children, *non-refoulement*, International Migration Law, American Migration Law, humanization of international law.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. DERECHO INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES Y DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES. II. LA DECIDIDA APUESTA DE LOS ÓRGANOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL SISTEMA AMERICANO POR LA HUMANIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES: EL PAPEL DE LA DECLARACIÓN. III. ¿UN DERECHO AMERICANO DE LAS MIGRACIONES? CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

* * *

INTRODUCCIÓN

Las migraciones son un fenómeno consustancial a la historia de América cuya importancia cuantitativa no ha dejado de aumentar[2]. En la actualidad, como en otras regiones del mundo, los movimientos migratorios plantean en el continente americano retos, de diversa índole, que no son en absoluto fáciles de abordar. El éxodo provocado por la situación política en Venezuela[3] o el de centroamericanos que buscan llegar a la Estados Unidos[4] no son sólo dos ejemplos de lo que acaba de decirse, sino que prueban

[2] *Cfr*. los datos que aporta el Informe elaborado por la OCDE y la Organización de Estados Americanos (OEA), *Migración internacional en las Américas. Tercer Informe del Sistema Continuo de Reportes sobre Migración Internacional en las Américas (SICREMI)*, 2015, disponible en el siguiente enlace: https://www.oas.org/docs/publications/SICREMI-2015-SPANISH.pdf. A través del SICREMI se realizan informes bianuales que dan cuenta de la magnitud del fenómeno en la región. Todos los documentos electrónicos citados a lo largo del trabajo han sido consultados el 9 de febrero de 2019.

[3] En agosto de 2018, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) anunció que el número de migrantes y refugiados de Venezuela alcanzaba los 3 millones de individuos: https://www.iom.int/es/news/el-numero-de-refugiados-y-migrantes-de-venezuela-alcanza-los-3-millones.

[4] En su reunión celebrada en el Principado de Andorra en noviembre de 2018, la Federación Iberoamericana de Ombudsman reclamó la adopción de medidas urgentes de protección de los derechos humanos de las

también que buena parte de esos retos radican en la situación de vulnerabilidad en la que la migración coloca a los inviduos -mujeres, hombres y menores de edad-, sobre todo si se produce por canales o vías irregulares.

En lo que aquí interesa debe destacarse que, en efecto, las personas migrantes conforman *per se* un grupo vulnerable respecto del que el Derecho Interancional de los Derechos Humanos (DIDH) ha venido a imponer obligaciones de protección específicas a los Estados. La protección de los derechos humanos de los migrantes se ha convertido así en uno de los propósitos específicos de este sector del Derecho internacional. Como tendremos ocasión de analizar enseguida, un principio de Derecho internacional otorga a los Estados un amplio margen de discrecionalidad a la hora de decidir sobre los requistios que deberán cumplir los no nacionales que pretendan residir legalmente en su territorio. Aunque claramente limitada, en particular por el principio de no devolución, cuando la pretensión de entrar y permanecer está ligada a la persecución en el país de origen o residencia habitual o, más en general, a la imposibilidad de que este ofrezca protección al individuo frente a determinadas violaciones de derechos humanos, esa facultad es amplia en relación con los migrantes considerados económicos. Limitarla en favor de la protección de los derechos de las personas migrantes es hoy una de las funciones que está llamado a cumplir el Derecho Internacional de las Migraciones.

El propósito del presente trabajo es analizar de qué modo la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre[5] (en adelante, la Declaración Americana o la Declaración) ha servido a los órganos de protección de derechos humanos en esa tarea. En realidad, el articulado de la Declaración no garantiza, como no lo hace ningún otro instrumento de protección internacional de derechos humanos, un derecho indivudual a migrar[6]. Esto es, un derecho a elegir, al margen de lo que establezcan los

caravanas de migrantes de centroamericanos que se dirigen o ya se encuentran en la frontera entre México y Estados Unidos: http://www.portalfio.org/noticias/andorra-2018-vivienda-migrantes/.

[5] La Declaración fue adoptada en Bogotá el 2 de mayo de 1948. Está disponible en el siguiente enlace: http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp.

[6] Sí establece en su artículo XXVII el derecho de asilo: "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 acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales". Además, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada el 22 de noviembre de 1984 extiende la noción de refugiado contenida en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados, al considerar como tales "a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público". La Declaración está disponible en el siguiente enlace:

Derechos migratorios o de extranjería nacionales, como país de residencia un país distinto del país de la propia nacionalidad. Así, el artículo VIII de la Declaración Americana restringe la titularidad de los derechos de residencia y tránsito a los nacionales del Estado[7]. Establece, sin embargo, en su preámbulo que "los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana", de lo que cabe deducir la obligación de los Estados –en este caso, de los Estado miembros de la OEA- de respetar esos derechos con independencia de la nacionalidad de la persona o, incluso, de su situación administrativa (regular o irregular en el territorio)[8]. Otro principio fundamental, junto al de no devolución, vertebra por tanto este sector del Derecho internacional: el principio de no discriminación. En esa línea, como verevmos, parecen haber interpretado la Declaración los órganos de protección de derechos humanos de este sistema regional: la CIDH, de un lado, y la Corte Intermaricana de Derechos Humanos (CtIADH), de otro.

En el caso de la CtIADH, estamos ante un grupo de pronunciamientos, si bien no muy numeroso, ciertamente relevante[9]. Vamos a citar aquí, de un lado, las sentencias

https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0008.pdf?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0008.

[7] De acuerdo con este artículo "Toda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad". Meses más tarde, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) sería más ambiciosa al proclamar en su artículo 13.1 que "toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado". Sin embargo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) dejaría claro en 1966 que los Estados estaban dispuestos a garantizar ese derecho únicamente a las personas que residiesen legalmente en el territorio de un Estado (*Cfr*. su artículo 12.1). La DUDH fue proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) mediante su Resolución 217 (A) III, de 10 de diciembre de 1948, y está disponible en el siguiente enlace: https://undocs.org/es/A/RES/217(III). El PIDCP fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la AGNU en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Está disponible en el siguiente enlace: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx. También la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969, establece que "toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales". La Convención está disponible en el siguiente enlace: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

[8] Tal y como ha afirmado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). "(e)s evidente que estas protecciones básicas de los derechos humanos previstas en la Declaración, como ocurre en general con las protecciones internacionales de los derechos humanos, constituyen obligaciones que los Estados de las Américas, incluido Estados Unidos, deben garantizar a todas las personas bajo su autoridad y control y no dependen para su aplicación de factores tales como la ciudadanía, nacionalidad ni ningún otro factor de la persona, incluida su condición de inmigración. Es notable a este respecto que uno de los objetivos en la formulación de la Declaración era garantizar como fundamental la "igual protección de la ley a nacionales y extranjeros por igual respecto de los derechos establecidos en la Declaración": *Cfr*. el Informe de Admisibilidad y Fondo núm. 51/01, Caso 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel) (Estados Unidos)*, de 4 de abril de 2001, apartado. 179, disponible en el siguiente enlace: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/EEUU9903.htm.

[9] Sobre la labor de la Corte *Vid*.: CASTILLA JUÁREZ, K.A., "Protección judicial interamericana de las personas migrantes y refugiadas. La protección de los derechos de las personas migrantes extranjeras" en

dictadas en los asuntos *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* (2005)[10], *Vélez Loor Vs. Panamá* (2010)[11], *Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana* (2012)[12], *Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia* (2013)[13] y *Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana* (2014)[14]. Deben citarse además dos de sus Opiniones Consultivas: la *Opinión Consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*[15] y la *Opinión Consultiva sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*[16].

Mi intención no es hacer un análisis pormenorizado y cronólogico de estos pronunciamientos. Tal y como ya he adelantado, trataré de reflexionar sobre la contribución que la Declaración Americana, interpretada en los pronunciamientos de la CIAD y la CtIADH, ha hecho a la conformación de un Derecho Internacional de las Migraciones que atienda de modo preferente a la necearia protección de los derechos de los migrantes. Esto es, que podamos considerar heredero del proceso de humanización

---

SAIZ ARNAIZ, A., SOLANES MULLOR, J. y ROA ROA, J.E., *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2017, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 357-381, OLEA RODRÍGUEZ, H. M., "Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 2016, núm. 9, pp. 249-272, y SANTOLAYA, P., "Las recientes aportaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materias de migrantes y género" en SANTOLAYA MACHETI, P. y WENCES, I. (coords), *La América de los Derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 259-279.

[10] Sentencia de 8 de septiembre de 2005 (Serie C No. 130). Todas las sentencias de la Corte citadas a lo largo de este trabajo están disponibles en el siguiente enlace: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ver_expediente.cfm?nId_expediente=40&lang=es.

[11] Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C No. 218, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sobre esta sentencia, *Vid*. el trabajo de DE LEÓN, G., "Contributions and Challenges for the Inter American Court of Human Rights for the Protection of Migrants' Rights: The Case of Vélez Loor v. Panama", *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 7, nº 1-2, 2014, págs. 39-53.

[12] Sentencia de 1 de diciembre de 2011, Serie C. No. 251, Fondo, Reparaciones y Costas.

[13] Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Serie C No. 271, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. *Vid*. sobre esta sentencia: MARIÑO MENÉNDEZ, F., "A propósito del caso Familia Pacheco Tineo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en PAREJO ALFONSO, L. J. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (Coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Vol. 1, Tomo 1, 2017, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 115-128.

[14] Sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C No. 282, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

[15] OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Esta Opinión Consultiva ha sido calificada como el intento más significativa y notable, a nivel regional, de clarificar el marco jurídico aplicable a los migrantes en situación administrativa irregular: ESTRADA-TANCK, D., "Human Security and Universal Human Rights of Undocumented Migrants: Transnational Vulnerabilities and Regional Traditions", *ESIL Conference Paper* 1/2012, disponible en el siguiente enlace: http://ssrn.com/abstract=2193743, p. 7. La Opinión Consultivas de la CtIADH citadas en este trabajo están disponibles en el siguiente enlace: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es.

[16] OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Vid. al respecto: ARLETTAZ, F., "An Inter-American Perspective on the Rights of Minors in Migration Proceedings", *ACDI*, 2016, Col. 9, pp. 197-231.

del Derecho internacional[17]. Ello exige, creo, comenzar afirmando la existencia de este sector del ordenamiento jurídico internacional, tratando de poner de relieve de qué modo se contribuye en su seno a la protección de los derechos humanos de las personas migrantes (I). En segundo lugar, trataré de analizar y valorar la aportación de la Declaración Americana en este ámbito en relación con tres cuestiones concretas: la protección de la dignidad de los migrantes y la consolidación de los principios de igualdad y no discriminación de las personas migrantes y de no devolución (II). En tercer lugar, reflexionaré sobre la existencia de un Derecho Americano de las Migraciones (III). Terminaré el trabajo con algunas conclusiones.

I. DERECHO INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES Y DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES

¿Se ocupa el Derecho internacional de los movimientos migratorios? ¿Los regula? ¿Impone a los Estados obligaciones en este ámbito? Creo que todas estas preguntas pueden ser contestadas afirmativmaente. A pesar de que no se haya positivizado aún, como ya se ha señalado, un derecho individual a migrar, y de que los Estados conserven, como ya se ha indicado también, una amplia facultad tanto para regular las condiciones que habrán de cumplirse para residir legalmente en su territorio como para expulsar a los extranjeros que, de acuerdo con el Derecho interno, no tengan derecho a entrar o permanecer en él[18], lo cierto es que el Derecho internacional ha avanzado en las últimas décadas hacia la conformación de un marco que pretende, de un lado, condicionar esa facultad del Estado[19] y, de otro y al mismo tiempo, salvaguardar la posición de los individuos inmersos en contextos migratorios. No está resultando una tarea sencilla.

[17] Sobre esta cuestión puede verse: MERON, T., *The Humanization of International Law*, 2006, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers.

[18] *Cfr*. el artículo 3 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre expulsión de extranjeros (A/CN.4/L.832), adoptado en 2014, y disponible en el siguiente enlace: http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2014/spanish/chp4.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2014/.

[19] En el ámbito el ámbito americano, los apartados 8 y 9 del artículo 22 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, limitan, en consonancia con principios bien establecidos por el Derecho internacional, esa facultad de expulsión. Establece, así, que "en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas", al tiempo que prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros.

Los Estados se resisten a ver erosionada su capacidad para decidir los requisitos que los no nacionales deben cumplir para entrar y permanecer en su territorio[20], consideran a menudo la llegada de migrantes, sobre todo si esa llegada es masiva, como una cuestión de seguridad y tienden a postergar la protección de los derechos humanos de los migrantes en el marco del control de fronteras[21]. Todo ello ha lastrado la instauración de un régimen multilateral que aporte seguridad jurídica y certeza a los movimientos migratorios, que ordene las migraciones[22]. Y ello a pesar de que parecería ser ese el primero de los objetivos de un Derecho Internacional de las Migraciones[23]. Prueba reciente de este fracaso son, creo, tanto las dificultades que han acompañado la aprobación del el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, como lo decepcionante del resultado[24].

[20] La Unión Europea (UE) constituye sin duda un ejemplo paradigmático en ese sentido. Los Estados parte de esta Organización Internacional sí se han ido desprendiendo progresivamente de sus competencias en este ámbito con el fin de conformar una política común de inmigración. El proceso no está siendo ni corto, ni fácil, sin embargo. *Vid*., al respecto: GEDDES, A., *Immigration and European Integration: Beyond Fortress Europe?* 2ª ed., 2008, Manchester, Manchester University Press, y PÉREZ GONZÁLEZ, C., "Entre las exigencias de la seguridad y la retórica de los derechos humanos: la respuesta de la Unión Europea a los flujos de refugiados y migrantes", *Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales*, 2016, pp. 455-472.

[21] La AGNU ha reiterado la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos de los migrantes en este marco. Así, por ejemplo, recientemente, les ha solicitado "que adopten medidas concretas para prevenir la violación de los derechos humanos de los migrantes en tránsito, particularmente en puertos y aeropuertos y en las fronteras y los puestos de control de inmigración, y capaciten debidamente a los funcionarios públicos que trabajan en esos servicios y en las zonas fronterizas para que los migrantes sean tratados con respeto y de conformidad con sus obligaciones en virtud del derecho internacional de los derechos humanos" y ha recordado "la especial vulnerabilidad de los migrantes en situaciones de tránsito, incluso a través de las fronteras nacionales, y la necesidad de que también en esas circunstancias se garantice el pleno respeto de sus derechos humanos": *Cfr*. su Resolución de 19 de diciembre de 2017, A/RES/72/179, disponible en el siguiente enlace: http://research.un.org/es/docs/ga/quick/regular/72.

[22] Hay, desde luego, un consenso evidente en torno a la necesidad de controlar de modo eficaz los movimientos migratorios irregulares. En el plano multilateral, ese consenso se plasmó en 2000 en la adopción del Protocolo Adicional contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre la delincuencia transnacional organizada. El Protocolo está disponible en el siguiente enlace: http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf.

[23] Así, como se ha dicho, "las manifestaciones de la rotura de la cooperación multilateral en materia de control y ordenación de migraciones forzadas se manifiesta especialmente ante todo en la ausencia de una acción institucional de la Comunidad Internacional, impensable en este ámbito": MARIÑO MENÉNDEZ, F., "La Debilidad del orden jurídico internacional ante los desafíos de la globalidad", *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2018, núm. 34, p. 157.

[24] El texto se cerró el 13 de julio de 2018 y fue finalmente aprobado en una Conferencia Intergubernamental celebrada en Marrakech los días 10 y 11 de diciembre de 2018. Está disponible en el siguiente enlace: http://undocs.org/es/A/CONF.231/3. Sobre el mismo puede verse: GUILD, E., "The UN's Search for a Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration", *German Law Journal*, 2017, Vol. 18, núm. 7, pp. 1779-1796.

Así las cosas, en ese avance hacia la consolidación de un Derecho Internacional de las Migraciones[25], están jugando un papel fundamental los órganos internacionales de protección de derechos humanos. Dejando a un lado ahora otras posibles funciones que este sector del Derecho internacional estaría llamado a cumplir, la de la protección de los derechos de los migrantes resulta, desde luego, esencial: los mismos constituyen, como ya se ha dicho, un grupo particularmente vulnerable y el DIDH ha avanzado decididamente hacia la imposición de obligaciones relativas a la garantía de sus derechos.

Cuando se trata de analizar los avances en el ámbito del Derecho internacional convencional, debemos destacar la aprobación, en el año 1990, de la Convención internacional para la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares[26]. Aunque excede de los propósitos del presente trabajo realizar un análisis, siquiera somero, de la Convención[27], sí me gustaría señalar que, a pesar de ser un tratado de derechos humanos que ha recibido un número relativamente bajo de ratificaciones, una buena parte de estas proceden del continente americano[28].

El Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, que se encarga de supervisar el cumplimiento de la Convención por los Estados parte, no es el único órgano de protección internacional de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas que ha contribuido a la consolidación y el refuerzo de las obligaciones de protección impuestas a los Estados respecto de los migrantes que se encuentran bajo su jurisdicción. Ha resultado fundamental en este ámbito, también, la labor del Comité de Derechos Humanos[29], el Comité de Derechos

[25] Ya me he ocupado en otro lugar de esta cuestión: PÉREZ GONZÁLEZ, C., *Migraciones irregulares y Derecho internacional*, 2012, Valencia, Tirant lo Blanch.
[26] Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, y disponible en el siguiente enlace: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx.
[27] *Vid*. al respecto: NAFZIGER, J.A.R. y BARTEL, B. C., "The migrant workers convention: Its place in human rights law", *International Migration Review*, 1991, Vol. 25, núm. 4, pp. 771-799.
[28] Se trata de Argentina, Belice, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, San Vicente y Granadinas, Uruguay y Venezuela. Esto es, 18 de los 54 Estados parte en la Convención proceden de este continente. El estado del número de ratificaciones puede consultarse en el siguiente enlace: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&clang=_en.
[29] *Cfr*. en particular las Observaciones Generales núm. 15 (1986), relativa a la situación de los extranjeros respecto al Pacto, y núm. 27 (1999), relativa a la libertad de circulación (artículo 12). Ambas están disponibles en el siguiente enlace: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=sp&TreatyID=8&DocTypeID=11.

Económicos, Sociales y Culturales[30], el Comité de Derechos del Niño[31], el Comité contra la Tortura[32] y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer[33]. En el plano extraconvencional, no puede dejar de citarse al Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes[34] o el potencial del denominado Exámen Periódico Universal[35].

Los sistemas regionales de protección de derechos humanos han contribuido también de modo significativo a la conformación de un *corpus iuris* relativo a la protección de los derechos humanos de los migrantes. En el ámbito europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha derivado, en particular de los artículos 3 y 8 del Convenio Europeo, determinadas garantías que un no nacional puede invocar para evitar la expulsión del territorio de un Estado parte en el Convenio[36]. También en el sistema africano se han dado algunos avances interesantes en relación con la protección

[30] El Comité ha declarado expresamente, por ejemplo, que los Estados están obligados a velar por que todas las personas, incluidos los migrantes, tengan igual acceso a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos, con independencia de su situación legal y su documentación: *Cfr*. el párrafo 34 de su Observación General núm. 14 (2000), relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), disponible en el siguiente enlace: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11.

[31] Citaremos aquí su Observación General núm. 6 (2005), sobre Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, y las Observación generales conjuntas núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional y núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, todas disponibles en el siguiente enlace: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=es&TreatyID=5&DocTypeID=11.

[32] *Vid*. su Observación general núm. 4 (2017), relativa a la aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22, disponible en el siguiente enlace: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=1&DocTypeID=11.

[33] *Cfr*., por ejemplo, su Recomendación General núm. 26 (2008), sobre las trabajadoras migratorias, disponible en el siguiente enlace: https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx.

[34] Instituido mediante Resolución de la extinta Comisión de Derechos Humanos de 27 de abril de 1999 (E/CN.4/RES/1999/44).

[35] *Vid*., al respecto: DESMOND, A., "The Triangle that could Square the Circle? The UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and the Members of Their Families, the EU and the Universal Periodic Review", *European Journal of Mifration and Law*, 2015, Vol. 17, pp. 39-69.

[36] *Vid*. sobre esto trabajos de DEMBEUR, M.-B., *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford, OUP, pp. 282-312, y GUIRAUDON, V., "European courts and foreigners' rights: A comparative study of norms diffusion", *International Migration Review*, 2000, Vol. 34, núm. 4, pp 1088-1125.

de los derechos de los no nacionales. Destaca, en este sentido, la Comunicación del Comité africano de expertos sobre los derechos y el bienestar de los niños relativa al caso de los niños nubios, de 22 de marzo de 2011[37].

En este contexto, creo que como trataré de demostrar enseguida, es muy destacable la labor de los órganos de protección de derechos humanos del sistema americano. Debe recordarse que la CIDH cuenta con una Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes[38]. Creada en 1996 como Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, la CIDH decidió en 2012 convertirla en Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes ampliando su mandato, que se pretende "dar respuesta a la multiplicidad de desafíos que plantea la movilidad humana en la región, ya sea como migración internacional o interna o como migración forzada o voluntaria". La Relatoría extiende así su mandato a los migrantes y sus familias, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas, desplazados internos, así como a otros grupos de personas vulnerables en el contexto de la movilidad humana[39].

II. LA DECIDIDA APUESTA DE LOS ÓRGANOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL SISTEMA AMERICANO POR LA HUMANIZACIÓN DEL DERECHO INTERANCIONAL DE LAS MIGRACIONES: EL PAPEL DE LA DECLARACIÓN

A. Los migrantes como grupo vulnerable: la necesaria protección de su dignidad

La protección de la dignidad humana ha resultado ser un eje fundamental en la construcción del sistema internacional de promoción y protección de derechos humanos.

[37] Está disponible en el siguiente enlace: https://www.opensocietyfoundations.org/litigation/children-nubian-descent-kenya-v-kenya. Sobre la misma *Vid*.: DUROJAYE, E. y FOLEY, E. A., "Making a first impression: An assessment of the decision of the Committee of Experts of the African Children's Charter in the Nubian Children communication", *African Human Rights Law Journal*, 2012, Vol. 12, núm. 2, pp. 564-578.

[38] Tal y como se ha dicho las relatorías "desempeñan un rol relevante, ya que, combinadas con las otras funciones de la Comisión, potencian el trabajo de esta y le dan una perspectiva más sistemática a las áreas a las que las relatorías se refieren": GONZÁLEZ MORALES, F., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2013, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 195-196.

[39] Sus acciones y jurisprudencia están accesibles en el siguiente enlace: http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/default.asp.

Tal y como se ha dicho, "dignitarian interpretations of rights inform much of the canon of international human rights, from the Universal Declaration of Human Rights onwards"[40]. Cabría reformular la afirmación de esta autora para incluir a la Declaración Americana. Este instrumento menciona en seis ocasiones la dignidad. Tres de ellas en el preámbulo[41], las otras tres en el articulado[42].

Los órganos de protección del sistema interamericano de derechos humanos se han servido de las nociones de dignidad humana y vulnerabilidad para garantizar en determinados casos, por ejemplo, la protección de los derechos sociales de los migrantes indocumentados. De importancia fundamental este sentido son sus opiniones consultivas. Se ha señalado, así, que "al examinar detenidamente las sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH es posible observar un lento y paulatino surgimiento de la sensibilidad por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), los representantes de las víctimas, y los jueces, en torno a las condiciones de vulnerabilidad de las personas en la migración"[43].

Partiendo, en efecto, de la situación de particular vulnerabilidad en la que se encuentran los migrantes en situación administrativa irregular, la Corte ha señalado que el disfrute de tales derechos, entre los que se encuentran el derecho a recibir un salario justo por el trabajo realizado, el derecho de acceso a la seguridad social, el derecho a que la duración de la jornada sea razonable y se realice en condiciones laborales adecuadas de seguridad e higiene, o el derecho al descanso, garantiza a todos los trabajadores migratorios y sus familiares "el disfrute de una vida digna"[44].

---

[40] YOUNG, K. G., "The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content", *Yale J. Int'l L.*, Vol. 113, 2008, p. 133.

[41] Se afirma en el mismo "(q)ue los pueblos americanos han dignificado la persona humana", que "(t)odos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos" y, refiriéndose a la relación entre derechos y deberes, que "(s)i los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad".

[42] En primer lugar, el artículo XII, relativo al derecho a la educación afirma que toda persona tiene derecho a que "mediante esa educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad". En segundo lugar, el artículo XIV establece que "(t)oda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo". En tercer lugar, el artículo XXIII, que se refiere al derecho a la propiedad recuerda que "(t)oda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar".

[43] OLEA RODRÍGUEZ, H. M., "Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)…*cit.*, p. 250.

[44] *Cfr.* los apartados 109, 133, 134, 156 y 157 de la OC-18/03.

Debe citarse también la más reciente *Opinión Consultiva sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, ya citada aquí. También en esta ocasión vulnerabilidad y dignidad –junto con la obligación de preservar su interés superior- sirvieron a la Corte para trazar el mapa de las obligaciones que incumben al Estado en relación con la protección de los derechos de los menores inmersos en procesos migratorios, también de los derechos de naturaleza social y económica (alojamiento adecuado, educación, asistencia médica), con independencia de su condición administrativa[45].

Ya en el plano contencioso, en *Vélez Loor vs. Panamá*, la Corte se pronunció sobre el alcance del derecho del demandante (un inmigrante irregular privado de libertad) a recibir asistencia médica. Para la Corte, el hecho de que el demandante no la hubiese recibido causó que el sufrimiento inherente a la privación de libertad excediese de lo inevitable, lo que implicó una violación de la obligación de no infligir penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes[46]y la lesión de su dignidad[47]. Además, la Corte tuvo en cuenta el hecho de que el demandante, en su condición de inmigrante irregular privado de libertad, estaba en una situación de vulnerabilidad "agravada" para reforzar el alcance de las obligaciones del Estado[48].

También de interés en este punto ha sido la labor de la CADH. *En Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*[49] la Comisión se refirió abundantemente a la jurisprudencia del TEDH que resultaba aplicable en razón de la naturaleza del litigio. La Comisión protegió a la demandante, enferma de SIDA, frente a la devolución a Jamaica, donde la falta de tratamiento le hubiese provocado la muerte, concluyendo que la misma vulneraba el art. XXVI de la Declaración Americana (derecho a un proceso regular). que prohíbe la imposición de penas crueles, infamantes o inusitadas

Un razonamiento construido también sobre la base de la noción de dignidad humana sirvió a la CtIADH en el asunto *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República*

[45] *Cfr*., por ejemplo, los apartados 106 (en relación con los menores potenciales víctimas de trata de seres humanos y por tanto en situación de vulnerabilidad extrema), 171-184 (en relación con las condiciones básicas que deben cumplir los lugares de alojamiento de niños y niñas migrantes) y 256 (en relación con los menores solicitantes de asilo) de esta Opinión Consultiva.
[46] *Cfr*. el apartado 199.
[47] *Ibidem*, apartados 225 y 227.
[48] *Ibidem*, apartado 254.
[49] Informe núm. 63/08, caso 12.534, de 25 de julio de 2008, disponible en http://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/EEUU12534.sp.htm

Dominicana. La Corte entendió que el hecho de que no se le hubiese proporcionado a dos menores de ascendencia haitiana, pero nacidas en República Dominicana, una certificación de nacimiento y se hubiese dificultado la obtención de la nacionalidad, vulneraba su derecho a la personalidad jurídica y con ello su dignidad, puesto que se negó "de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y [se las hizo] vulnerables frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares"[50]. En el caso concreto, la denegación de las autoridades dominicanas impedía el ejercicio del derecho a la educación de las menores, puesto que sin la certificación de nacimiento no podían acceder a la escuela. La Corte entendió que no dar acceso a la educación a los niños migrantes indocumentados suponía una vulneración de la obligación que incumbe a los Estados parte de garantizar la educación primaria de todos los niños[51]. Dignidad y vulnerabilidad –en este caso la específica de los niños- constituyó, por tanto, el fundamento de la decisión de la Corte. Como ya se ha dicho, el 28 de agosto de 2014 la Corte dictó una nueva sentencia relativa a la detención y expulsión colectiva de personas haitianas y dominicanas de ascendencia haitiana, incluidos menores. En la misma, la Corte se pronunció sobre la situación socio-económica de esta población y entendió que el hecho de que a menudo permaneciesen indocumentados y en situación de pobreza aumentaba su vulnerabilidad[52].

B. La naturaleza imperativa de la obligación de no dicriminación de los extranjeros y personas migrantes

Tal y como ha tenido ocasión de señalar la CIDH, "(a) menudo, las personas migrantes suelen enfrentar formas interrelacionadas de discriminación, por las cuales son discriminados no sólo por su origen nacional, su situación migratoria, o más ampliamente por el hecho de ser extranjeros, sino también en razón de factores tales como su edad, género, orientación sexual, identidad de género, pertenencia étnico-racial, condición de discapacidad, situación de pobreza o pobreza extrema, entre otras. Adicionalmente, la

[50] *Cfr*. el apartado apartado 179 de la sentencia.
[51] *Ibidem*, apartado 185.
[52] *Ibidem*, apartado 17.

vulnerabilidad de las personas migrantes se ve agravada cuando éstas se encuentran en situación irregular"[53].

A la igualdad se refiere el artículo II de la Declaración Americana cuando afirma que "todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna". Se puede afirmar que la Declaración inaugura así una lista de instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, vinculantes y no vinculantes, que pivotan sobre el principio de no discriminación: los Estados deben respetar los derechos garantizados por el instrumento, en este caso la Declaración Americana, en relación con todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, también los migrantes. Cabe señalar, en este sentido, que se ha desarrollado en Derecho internacional un estándar mínimo de derechos del que deben disfrutan todos los individuos.

El principio de no discriminación juega en el sistema interamericano un papel esencial en relación con la protección de los derechos de las personas migrantes. La CtIADH ha considerado que el derecho a una igual protección ante la ley está contenido en una norma de *ius cogens* afirmando al respecto lo siguiente:

" (...) este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens"[54].

---

[53] CIDH, Movilidad humana. Estándares interamericanos, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 46/15, 31 diciembre 2015, disponible en http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/default.asp.

[54] *Cfr*. la *Opinión Consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados… cit*. apartado 101. Ver también la sentencia dictada en el caso *Servellón García y otros vs. Honduras*, de 21 de septiembre de 2006, apartado 94; la sentencia dictada en el caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*, de 24 de agosto de 2010, apartado 269; y la sentencia dictada

En *Vélez Loor vs. Panamá*, sin embargo, la Corte recordó que aunque los Estados no pueden discriminar a los migrantes o tolerar discriminaciones que les perjudiquen, sí puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. En general, el Derecho internacional, con esas salvaguardas, tolera cierto grado de discriminación: no se espera que los Estados den un trato absolutamente equivalente a nacionales y extranjeros, sobre todo si estos últimos están en situación administrativa irregular. No puede dejar de tenerse en cuenta, en este sentido, que determinados instrumentos internacionales de protección de derechos humanos permiten expresamente esa desigualdad. Cabe citar el caso del artículo 1.2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial[55], que prevé que la misma "no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado Parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos". En el mismo sentido, el artículo 2 de la Resolución 40/144 de la AGNU, de 13 de diciembre de 1985, que aprobaba la Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven[56], establece que ningún artículo de la misma deberá interpretarse en el sentido de limitar el derecho de los Estados a promulgar leyes y reglamentaciones que establezcan diferencias entre nacionales y extranjeros.

Con todo, el Derecho internacional parece apostar progresivamente por la igualación de estatutos, sobre todo en lo que hace a los migrantes que se encuentran en situación administrativa regular, y a ello están contribuyendo de modo determinante los órganos de protección de derechos humanos del sistema interamericano. Creo que las Opiniones Consultivas aquí citadas son prueba evidente de ello. Es más, ese objetivo parece ser la última ratio de la *Opinión Consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. También la Comisión trabaja, creo, en esta misma línea. Así, en el caso de los Trabajadores Indocumentados en Estados Unidos[57], los

---

en el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, ya citada aquí, apartado 248. Sobre esta cuestión: DEMBEUR, M.-B., "The voice of the Inter-American Court: Equality as Jus Cogens (Advisory Opinions 16/99 and 18/03), en DEMBEUR, M.-B., *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights…cit*, pp. 282-312.

[55] Adoptada el 21 de diciembre de 1965 y disponible en el siguiente enlace: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cerd.aspx.

[56] La Resolución está disponible en el siguiente enlace: http://research.un.org/es/docs/ga/quick/regular/40.

[57] Informe núm. 50/16, caso 12.834, de 30 de noviembre de 2016, disponible en http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/fondos.asp.

demandantes alegaron sufrir un trato discriminatorio como consecuencia de una decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos que estableció que los trabajadores indocumentados despedidos ilegalmente como represalia por haber ejercido su derecho a la libertad de asociación no tenían derecho al beneficio del pago de determinados salarios. La Comisión fundamentó su decisión en el principio de no discriminación. En realidad, su razonamiento parte de la constatación de que, tal y como se ha señalado en la introducción de este trabajo, los Estados no tienen la obligación de admitir en su territorio a todos los extranjeros, en este caso con fines laborales, ni de ofrecer trabajo a los trabajadores en situación administrativa irregular. Afirma, en este sentido, que "con respecto al empleo de los trabajadores indocumentados, la Comisión considera procedente señalar al comienzo que ni el Estado ni los particulares en un Estado están obligados a ofrecer empleo a trabajadores indocumentados. En otras palabras, el Estado y los particulares, como los empleadores, pueden abstenerse de establecer una relación laboral con migrantes en situación irregular"[58]. Sin embargo, esa relación se entabla en ocasiones, y en ese caso, "la Comisión considera que las protecciones conferidas por ley a los trabajadores, con la gama completa de derechos y obligaciones abarcados, deben aplicarse a todos los trabajadores sin discriminación, sean documentados o indocumentados"[59].

Es, por tanto, el principio de no discriminación, el que permite a la Comisión fundamentar la obligación del Estado de garantizar un trato igualitario trabajadores documentados y no documentados. Al respecto, afirmó lo siguiente, sirviéndose del artículo II de la Declaración Americana como parámetro normativo de referencia:

"72. (…) el derecho a la igualdad y la no discriminación enunciado en el artículo II es un principio fundamental del sistema interamericano de derechos humanos ("SIDH"). El principio de la no discriminación es la columna vertebral del sistema universal y los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Igual que con todos los derechos y las libertades fundamentales, la Comisión ha observado que los Estados no solo están obligados a velar por la igualdad de protección ante la ley, sino que también deben adoptar las medidas legislativas, normativas y de otros tipos que se

[58] *Cfr*. el apartado 76 de la Decisión.
[59] *Ibidem*.

necesiten para garantizar el goce efectivo de los derechos protegidos por el artículo II de la Declaración Americana.

73. El concepto de igualdad formulado en la Declaración Americana se refiere a la aplicación de derechos sustantivos y a la protección que debe dárseles en caso de actos del Estado o de terceros. La Comisión ha aclarado que el derecho a la igualdad ante la ley no significa necesariamente que las disposiciones sustantivas de la ley sean las mismas para todos, sino que la ley debe aplicarse a todos por igual sin discriminación. En la práctica, esto significa que los Estados tienen la obligación de tomar las medidas necesarias para reconocer y garantizar la igualdad efectiva de todas las personas ante la ley, abstenerse de introducir en su marco jurídico normas que en sí mismas o en la práctica discriminen contra ciertos grupos y combatir las prácticas discriminatorias".

C. El principio de no devolución

Vamos a ocuparnos en último lugar del principio de no devolución (*non-refoulement).* Se trata de un principio que surge en el ámbito del Derecho internacional de los refugiados, pero que es hoy un principio de Derecho internacional general, que ha desbordado dicho ámbito y ha pasado a ocupar un espacio capital en el ámbito del DIDH[60]. En definitiva, tal y como indicó MARIÑO MENÉNDEZ, "(t)he principle of no

[60] Así, un individuo excluido del estatuto de refugiado y protegido por tanto por el artículo 33 de la Convención de Ginebra, seguirá estando protegido frente al retorno en virtud del artículo 3 de la Convención de 1984 contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, o el artículo 3 del CEDH. Además, debe tenerse en cuenta que la obligación de *non-refoulement* se extiende asimismo a las entradas ilegales de migrantes y solicitantes de asilo. De tal modo que debe entenderse que el principio de no devolución comprende no sólo el reenvío al país de origen, sino también la inadmisión en la frontera y la adopción de medidas encaminadas a interceptar a los solicitantes de asilo fuera del territorio del Estado de acogida, así por ejemplo, en una zona de alta mar adyacente a las áreas marítimas en las cuales se ejerce jurisdicción. El ACNUR ha dejado constancia de ello en diversas ocasiones. Además, existe también jurisprudencia al respecto. Sirva como ejemplo una condena a Italia, por parte del TEDH en 2012. El órgano judicial del Consejo de Europa condenó a Italia por violar el CEDH, al rechazar a 24 migrantes y solicitantes de asilo procedentes de Somalia y Eritrea que formaban parte de un grupo de personas interceptadas por guardacostas y funcionarios de aduanas italianos cuando se encontraban en una zona marítima fuera de sus aguas territoriales y de otros espacios marinos donde Italia también ejerce competencias (en concreto, en aguas sometidas a la jurisdicción de Malta), y desde donde se les había obligado a regresar a Libia, su punto de partida, en aplicación de un tratado bilateral entre Italia y Libia para hacer frente a la inmigración ilegal (asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*).

forcible return or non-refoulement constitutes a norm of general international law that doctrine and practice regard as imperative and as imposing obligations erga omnes"[61].

Los órganos de protección de derechos humanos del sistema interamericano han recogido este testigo y han reforzado en ese ámbito regional la aplicación de este principio. Así, la CtIADH tuvo ocasión de pronunciarse sobre el alcance del mismo en la sentencia dictada en el asunto *Familia Pacheco Tineo vs Bolivia*, ya citada aquí. Los hechos que dieron lugar a la sentencia tienen que ver con la devolución en 2001 de esta familia desde el Estado de Bolivia al Estado del Perú. La devolución traía causa de la desestimación de la solicitud del reconocimiento de la condición de refugiados en el país que procedió a la devolución y de la consiguiente decisión de expulsión. Las autoridades bolivianas adoptaron esa decisión de manera sumaria, vulnerando además varias de las garantías que integran el derecho al debido proceso. Esta es la interpretación que hizo la Corte, que condenó al Estado demandando por violación del derecho a buscar y recibir asilo, del principio de no devolución (contenido en el derecho de circulación y residencia) y de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, todos reconocidos en los artículos 22.7, 22.8, 8 y 25 de la CADH[62].

Además, la Corte amplió las garantías de no devolución a todos los extranjeros independientemente de su condición migratoria[63]:

"151. Al recordar que, en el sistema interamericano, el principio de no devolución es más amplio en su sentido y alcance y, en virtud de la complementariedad que opera en la aplicación del Derecho Internacional de Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la prohibición de devolución constituye a la vez la piedra angular de la protección internacional de las personas refugiadas o asiladas y de las personas solicitantes de asilo. Este principio también constituye una norma consuetudinaria de Derecho Internacional y se ve reforzado, en el sistema interamericano, por el reconocimiento del derecho a buscar y recibir asilo.

[61] MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., "The prohibition of torture in public international law", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2018, núm. 391, p. 149.
[62] Además, se habrían violados el derecho a la integridad psíquica y moral, reconocido en el artículo 5.1 de la CADH; el derecho a la protección de los niños y de la familia, reconocidos en los artículos 19 y 17 de la CADH; y el derecho a la integridad física, reconocido en el artículo 5.2 de la CADH: *Cfr*. los apartados 126-208 de la sentencia.
[63] GAJARDO FALCÓN, J., *El multiculturalismo y su perspectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tesis Doctoral inédita presentada en la Universidad Autónoma de Madrid, 2018, p. 333.

(...)

153. Esto necesariamente implica que esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones. Antes de realizar una devolución, los Estados deben asegurarse que la persona que solicita asilo se encuentra en la capacidad de acceder a una protección internacional apropiada mediante procedimientos justos y eficientes de asilo en el país a donde se le estaría expulsando. Los Estados también tienen la obligación de no devolver o expulsar a una persona que solicita asilo donde exista la posibilidad de que sufra algún riesgo de persecución o bien a uno desde donde el cual puedan ser retornados al país donde sufren dicho riesgo (la llamada "devolución indirecta)".

III. ¿UN DERECHO AMERICANO DE LAS MIGRACIONES?

El análisis realizado en las líneas anteriores muestra cómo la Declaración Americana ha servido a los órganos del sistema americano de protección de derechos humanos para fundar determinadas obligaciones de los Estados relativas a la garantía de los derechos de las personas migrantes. En particular, esas obligaciones se han derivado de los principios de no discriminación y no devolución (*non-refoulement*) y se han fundamentado en la necesaria protección de la dignidad de las personas migrantes, que conforman un colectivo particularmente vulnerable.

Se trata, en mi opinión, de principios que vertebran un sector del Derecho internacional que he denominado Derecho Internacional de las Migraciones. La protección de los derechos de las personas migrantes, de los individuos inmersos en procesos migratorios, es uno de los objetivos que debe poder cumplir ese sector del Derecho internacional. El otro gran objetivo, el de la gobernanza efectiva y segura de las migraciones, está lejos hoy de ser alcanzado. En relación con el primero, tal y como ya se ha dicho, ha sido fundamental la labor sostenida de los órganos de protección internacional de derechos humanos. La misma ha ido venciendo la tradicional resistencia de los Estados a aceptar limitaciones a una potestad, la de decidir sobre la entrada y permanencia de los extranjeros y sobre el estatuto de derechos que debían serles reconocidos, que ellos no quieren ver limitadas. A esta aproximación han contribuido de

un modo evidente los órganos de protección de derechos humanos del sistema americano y han apoyado su contribución, de modo si bien no exclusivo, sí preferente, en la Declaración Americana. Un instrumento que ya fue pionero en su día y que ha servido para fundamentar posiciones que también lo son hoy, setenta años después de su aprobación. Creo que se pueden destacar dos desarrollos muy importantes en este sentido.

De un lado, creo que la jurisprudencia americana es un referente en relación con la protección de los derechos de los trabajadores en situación administrativa irregular. Desde luego lo es la *Opinión Consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, que propone un estatuto jurídico muy avanzado para este colectivo. Y, de otro, resulta igualmente significativa la idea de una ciudadanía interamericana entre los Estados miembros de la OEA que la CADH habría deducido de los principios de no discriminación, igualdad ante la ley e igual protección ante la ley[64].

Si algo caracteriza al Derecho Americano de las Migraciones, en definitiva, es su decidida apuesta por la superación de la condición de vulnerabilidad de las personas migrantes a partir del refuerzo de sus derechos y, consecuentemente, de las obligaciones de los Estados en este contexto.

CONCLUSIONES

En el 40 aniversario de la Declaración americana, el profesor Buergenthal afirmó que la misma "vio la luz como una simple resolución no vinculante, para luego convertirse con el tiempo en la Carta Magna del sistema interamericano"[65]. Más allá del debate sobre su posible vinculatoriedad jurídica[66], no puede negarse su relevancia transformadora en el continente americano. En este trabajo se ha querido reflexionar sobre cómo ha operado esa transformación respecto de las personas migrantes y de la consolidación de un

[64] TORRES-MARENCO, V., "La migración en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Vniversitas*, 2011, núm. 122, p. 54.
[65] BUERGENTHAL, Th., La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Revista Instituto Interamericano de DD. HH*, 1989, p. 111.
[66] Un debate que, en opinión de la doctrina, no habría zanjado aún la jurisprudencia de la Corte: PAÚL DÍAZ, Á., La génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Relevancia Actual de sus Trabajos Preparatorios, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2016, núm. 47, pp. 377.

Derecho de las Migraciones que gire en torno a la protección de sus derechos. No debe perderse de vista que los migrantes son, también en el continente americano, víctimas de violaciones gravísimas de los mismos, lo que incluiría las desapariciones forzadas.

En este sentido, el Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de 28 de julio de 2017 acerca de las desapariciones forzadas en el contexto de la migración da cuenta, por ejemplo de los "casos de migrantes en México que fueron capturados presuntamente por la policía federal, estatal o municipal o por el personal de los servicios de migración y entregados a organizaciones delictivas que los retienen para cobrar un rescate, o secuestrados en las rutas migratorias conjuntamente por oficiales y miembros de organizaciones delictivas. En otros casos, se informa que las organizaciones criminales han capturado a migrantes con el apoyo, directo o indirecto, el consentimiento o la aquiescencia del Estado"[67]. La desaparición de 72 migrantes a finales de marzo de 2011 en Tamaulipas también correspondería según el Grupo de Trabajo a esta descripción[68].

Este trabajo está dedicado a la memoria del Profesor Fernando M. Mariño Menéndez, mi maestro. Durante los años en los que tuve el privilegio de trabajar junto a él, aprendí no sólo los contenidos propios de nuestra asignatura, el Derecho internacional público, sino el sentido que, según su convencimiento, debíamos darle a las tareas propias de nuestra profesión: la investigación y la docencia. Me inculcó, así, que el valor de la disciplina era concebirla como un instrumento al servicio de la protección de los más desfavorecidos, de los más vulnerables, entre los que sin duda se encuentran los migrantes. Este trabajo quiere ser, en definitiva, un ejemplo humilde de la influencia de su magisterio.

[67] A/HRC/36/39/Add.2, disponible en el siguiente enlace: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=A/HRC/36/39/Add.2.

[68] *Vid*. sobre esta cuestión: VESTRI, G., "Migración, desaparición forzada de personas y derechos humanos. La eterna condena humana. El caso mexicano". *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 20, 2º semestre, 2012, págs.

BIBLIOGRAFÍA

-ARLETTAZ, F., "An Inter-American Perspective on the Rights of Minors in Migration Proceedings", *ACDI*, 2016, Col. 9, pp. 197-231.

-BUERGENTHAL, TH., "La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 1989, p. 111-119.

-CASTILLA JUÁREZ, K.A., "Protección judicial interamericana de las personas migrantes y refugiadas. La protección de los derechos de las personas migrantes extranjeras" en SAIZ ARNAIZ, A., SOLANES MULLOR, J. y ROA ROA, J.E., *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2017, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 357-381.

-DEMBEUR, M.-B., *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford, OUP, pp. 282-312.

-DEMBEUR, M.-B., "The voice of the Inter-American Court: Equality as Jus Cogens (Advisory Opinions 16/99 and 18/03), en DEMBEUR, M.-B., *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford, OUP, pp. 282-312.

-DESMOND, A., "The Triangle that could Square the Circle? The UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and the Members of Their Families, the EU and the Universal Periodic Review", *European Journal of Mifration and Law*, 2015, Vol. 17, pp. 39-69.

-DUROJAYE, E. y FOLEY, E. A., "Making a first impression: An assessment of the decision of the Committee of Experts of the African Children's Charter in the Nubian Children communication", *African Human Rights Law Journal*, 2012, Vol. 12, núm. 2, pp. 564-578.

-ESTRADA-TANCK, D., "Human Security and Universal Human Rights of Undocumented Migrants: Transnational Vulnerabilities and Regional Traditions", *ESIL Conference Paper 1/2012*, disponible en el siguiente enlace: http://ssrn.com/abstract=2193743.

-GAJARDO FALCÓN, J., *El multiculturalismo y su perspectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tesis Doctoral inédita presentada en la Universidad Autónoma de Madrid, 2018

-GONZÁLEZ MORALES, F., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2013, Valencia, Tirant lo Blanch.

-GEDDES, A., Immigration and European Integration: Beyond Fortress Europe? 2ª ed., 2008, Manchester, Manchester University Press.

-GUILD, E., "The UN's Search for a Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration", German Law Journal, 2017, Vol. 18, núm. 7, pp. 1779-1796.

-GUIRAUDON, V., "European courts and foreigners' rights: A comparative study of norms diffusion", *International Migration Review*, 2000, Vol. 34, núm. 4, pp. 1088-1125.

-DE LEÓN, G., "Contributions and Challenges for the Inter American Court of Human Rights for the Protection of Migrants' Rights: The Case of Vélez Loor v. Panama", *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 7, nº 1-2, 2014, págs. 39-53.

-MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., "The prohibition of torture in public international law", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2018, núm. 391.

"La Debilidad del orden jurídico internacional ante los desafíos de la globalidad", *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2018, núm. 34, pp. 151-164.

"A propósito del caso Familia Pacheco Tineo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en PAREJO ALFONSO, L. J. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (Coords.), Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Vol. 1, Tomo 1, 2017, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 115-128.

-MERON, T., The Humanization of International Law, 2006, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers.

-NAFZIGER, J.A.R. y BARTEL, B. C., "The migrant workers convention: Its place in human rights law", *International Migration Review*, 1991, Vol. 25, núm. 4, pp. 771-799.

-OLEA RODRÍGUEZ, H. M., "Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 2016, núm. 9, pp. 249-272.

-PAÚL DÍAZ, Á., La génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Relevancia Actual de sus Trabajos Preparatorios, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2016, núm. 47, pp. 361-395

-PÉREZ GONZÁLEZ, C., "Entre las exigencias de la seguridad y la retórica de los derechos humanos: la respuesta de la Unión Europea a los flujos de refugiados y migrantes", *Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales*, 2016, pp. 455-472.

-*Migraciones irregulares y Derecho internacional*, 2012, Valencia, Tirant lo Blanch.

-SANTOLAYA, P., "Las recientes aportaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materias de migrantes y género" en SANTOLAYA MACHETI, P. y WENCES, I. (coords), *La América de los Derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 259-279.

-TORRES-MARENCO, V., "La migración en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Vniversitas*, 2011, núm. 122, pp. 41-76.

-VESTRI, G., "Migración, desaparición forzada de personas y derechos humanos. La eterna condena humana. El caso mexicano". *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 20, 2º semestre, 2012, págs. 267-302.

-YOUNG, K. G., "The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content", Yale J. Int'l L., Vol. 113, 2008, pp. 113-176.

Revista Electrónica Iberoamericana ISSN: 1988 - 0618
http://www.urjc.es/ceib/ Vol. 13, Edición Especial, 2019

DESAPARICIÓN FORZADA Y SISTEMA INTERAMERICANO. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE VÍCTIMA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ENFORCED DISAPPEARANCE AND THE INTER-AMERICAN SYSTEM. THE EVOLUTION OF THE CONCEPT OF VICTIM IN THE JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Pietro Sferrazza Taibi[1]

Universidad Andrés Bello, Chile

RESUMEN

El presente trabajo analizará la evolución que ha experimentado el concepto de víctima de desaparición forzada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pese a no contar con una definición de víctima en un tratado internacional del sistema interamericano, la Corte ha ido elaborando una jurisprudencia en que, aplicando un enfoque pluriofensivo, ha analizado los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos que han resultado vulnerados respecto de la persona desaparecida y de sus familiares. Este artículo realizará un análisis de esta construcción jurisprudencial respecto de los principales derechos humanos afectados.

PALABRAS CLAVE: desaparición forzada, víctima, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sistema interamericano

ABSTRACT

The present work will analyze the evolution of the concept of victim of enforced disappearance in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. Despite not having a definition of victim in an international treaty of the inter-American system, the Court has been developing jurisprudence in which, applying a multi-offensive

[1] Prof. de Derecho Internacional Público, Universidad Andrés Bello, Facultad de Derecho, Carrera de Derecho-Viña del Mar (Chile). Este artículo ha sido elaborado en virtud del auspicio del Proyecto Jorge Millas 2018, DI 34-18-JM, UNAB y del Proyecto CONICYT, Fondecyt de Iniciación Nº 11180047. Se agradece la colaboración prestada en la revisión de las versiones preliminares de esta contribución a los ayudantes de investigación Francisca Cárdenas Madrid y José Meza Ortiz.

approach, has analyzed the rights not only of the missing person, but also of their relatives, both protected by the American Convention on Human Rights. This article will examine this jurisprudential construction regarding the main human rights affected.

KEYWORDS: enfoced disappearance, victim, Inter-American Court of Human Rights, inter-american system

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. LA AUSENCIA DE LA VÍCTIMA DE DESAPARICIÓN FORZADA EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES DEL SISTEMA INTERAMERICANO. 2. EL ENFOQUE PLURIOFENSIVO ENFRENTADO A UNA PERSPECTIVA INTEGRAL. 3. LA PLURIOFENSIVIDAD APLICADA A LA PERSONA DESAPARECIDA. 4. LA PLURIOFENSIVIDAD APLICADA A LOS FAMILIARES DE LA PERSONA DESAPARECIDA. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

* * *

INTRODUCCIÓN

El profesor Fernando MARIÑO MENÉNDEZ fue una de las personas más influyentes en mi formación académica y profesional. Tuve la suerte de conocerle en el desarrollo de su actividad docente en el marco del Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. Fascinado por su erudición en la disciplina del Derecho internacional público y por su compromiso con la protección y promoción de los derechos humanos, le propuse que codirigiera, junto con el profesor Felipe GÓMEZ ISA, mi tesis doctoral sobre el tema de la responsabilidad internacional del Estado por desapariciones forzadas de personas.

Pese a mi temor reverencial inicial –seguramente infundado–, desde la primera reunión don Fernando se mostró sumamente interesado en mi proyecto de investigación. A lo largo de los tres afables años que transcurrí en España para dedicarme enteramente a la tesis, el profesor Mariño me recibió en incontables ocasiones en su despacho universitario. De ese modo, construimos un vínculo que en ningún caso alcanzó a configurar una amistad, pero que sí encarnó una relación académica en que siempre sentí la más amplia libertad para expresar mis convicciones y sobretodo mis inquietudes e

inseguridades. Con su voz ronca pero afable, don Fernando me entregó algunos comentarios iluminadores para mejorar el enfoque de mi investigación. En los momentos de mayor desorientación, fue lo suficientemente sabio para darme palabras de aliento y para animarme a disfrutar el proceso, enseñanza que hasta el día de hoy recuerdo con especial aprecio. Este trabajo tiene por objeto rendir un sentido homenaje a don Fernando, académico a quien estaré profundamente agradecido.

El objetivo de esta contribución estriba en analizar de qué manera la noción de víctima de desaparición forzada ha ido evolucionando en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En la primera sección del trabajo, se dará cuenta de la falta de regulación expresa de la noción de víctima en los instrumentos normativos del sistema interamericano de derechos humanos. En la segunda sección, se explicará de qué modo la jurisprudencia de la Corte IDH ha ido evolucionando desde un enfoque plurionfesivo hacia una perspectiva integral de la desaparición forzada. En la tercera sección, se pasará revista a los derechos fundamentales que el tribunal interamericano ha considerado vulnerados en los casos de desaparición forzada respecto de la persona desaparecida. En la cuarta y última sección, se realizará un ejercicio explicativo similar en relación a los derechos que la Corte ha declarado afectados respecto de los familiares de la persona desaparecida.

1. LA AUSENCIA DE LA VÍCTIMA DE DESAPARICIÓN FORZADA EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES DEL SISTEMA INTERAMERICANO

Los instrumentos normativos que integran el sistema interamericano de protección de los derechos humanos no contienen una definición general de víctima, con lo cual la construcción de esta noción se ha ido gestando en el plano jurisprudencial

[1]. El diagnóstico anterior se reproduce en relación con las víctimas de la desaparición forzada, ya que ni la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*

[1] Sobre el concepto de víctima en el sistema interamericano, cfr. OLÁSOLO ALONSO, Héctor/GALAIN PALERMO, Pablo. "Diálogo jurisprudencial en materia de acceso, participación y reparación de las víctimas entre el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos y el sistema de aplicación del Derecho penal internacional del Estatuto de Roma", en FERRER MAC-GREGOR, E./HERRERA GARCÍA, A. (coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. In Memoriam Jorge Carpizo*. México D.F.: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1270-1297; MEDELLÍN, Ximena.

(CADH)[2], ni la *Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas* (CIDF)[3] contemplan una norma expresa que las defina.

Afortunadamente, en una perspectiva comparada, no ocurre lo mismo con los instrumentos internacionales del sistema universal. En efecto, la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (DPPDF)[4] dispone, en su artículo 19, que las víctimas de actos de desaparición forzada y sus familiares tendrán derecho a la indemnización, pudiendo interpretarse que la noción de víctima asumida por esta disposición no se circunscribe únicamente a la persona desaparecida.

Por su parte, la *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (CIPPDF)[5] define expresamente a la víctima de la desaparición forzada en el artículo 24.1, comprendiendo a "la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de la desaparición forzada"[6]. Esta definición representa un avance con respecto a los instrumentos interamericanos antes referidos, ya que no sólo define expresamente a la víctima de la

---

"El papel de las víctimas ante el sistema interamericano de protección de los Derecho Humanos", en OLÁSOLO ALONSO, H./CUENCA CURBELO, S. (coords.). *Perspectiva iberoamericana sobre la Justicia penal internacional*. Vol. I. Valencia: Tirant lo Blanc, 2011, pp. 211-214.

[2] *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978.

[3] *Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas*, Belem do Pará, AG/RES 1256 (XXIV-O/94), Asamblea General de la OEA, 9 de junio 1994, entrada en vigor el 28 de marzo de 1996.

[4] *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, Asamblea General (AG), res. 47/133, 18 de diciembre 1992.

[5] *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, AG, res. 61/177, adoptada el 20 de diciembre del 2006 y entrada en vigor el 23 de diciembre del 2010, *UNTS*, vol. 2715.

[6] Para la discusión en los trabajos preparatorios, cfr. Comisión de Derechos Humanos (CDH). *Los derechos civiles y políticos, en particular la cuestión relacionada con las desapariciones forzadas o involuntarias*. E/CN.4/2003/71, 12 de febrero de 2003, párrs. 83 y 88; CDH. *Los derechos civiles y políticos, en particular la cuestión relacionada con las desapariciones forzadas o involuntarias*. E/CN.4/2004/59, 23 de febrero de 2004, párr. 134, dando cuenta de la intención de algunas delegaciones de incorporar una distinción entre víctimas directas e indirectas; CDH. *Los derechos civiles y políticos, en particular la cuestión relacionada con las desapariciones forzadas o involuntarias*. E/CN.4/2005/66, 10 de marzo de 2005, párr. 112.
En el Derecho internacional de los derechos humanos la víctima suele ser definida en términos amplios. Vid. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, AG, res. 60/147, 16 de diciembre de 2005, principio 8: "se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del Derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el Derecho interno, el término "víctima" también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización".

desaparición, sino que además la concibe en términos amplios[7], diferenciando con claridad entre persona desaparecida y otras personas naturales que sufran un perjuicio directo a consecuencia de la desaparición[8].

2. EL ENFOQUE PLURIOFENSIVO ENFRENTADO A UNA PERSPECTIVA INTEGRAL

La jurisprudencia de los principales tribunales y órganos internacionales de derechos humanos ha concebido tradicionalmente a la desaparición forzada como un hecho ilícito internacional pluriofensivo, esto es, un ilícito que afecta a varios derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a la vida, el derecho a la libertad personal entendida como libertad ambulatoria y el derecho a no ser sometido a tortura. Esta concepción ha supuesto una ventaja práctica indiscutible, que ha estribado en otorgar a los tribunales y órganos internacionales un buen fundamento para afirmar su competencia material sobre casos de desapariciones forzadas, pese a la inexistencia de una regulación específica y autónoma de este ilícito a nivel convencional.

Así, frente a la ausencia de un derecho humano autónomo a no ser objeto de desaparición forzada que contare con soporte convencional, tribunales y órganos internacionales de supervisión –tales como la Corte IDH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas– han podido conocer casos de desapariciones forzadas gracias al enfoque pluriofensivo, dedicándose a constatar en cada caso concreto si se vulneran los derechos consagrados en los respectivos tratados internacionales de derechos humanos cuya protección les ha correspondido tutelar. La jurisprudencia temprana de la Corte IDH no presenta una excepción respecto de este punto, ya que en muchas de sus sentencias ha afirmado expresamente el carácter pluriofensivo de la desaparición forzada con relación a los

[7] El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias (GTDFI) se ha mostrado favorable a la amplitud del concepto de víctima de la CIPPDF. Cfr. *Observación general sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones*, 31 de octubre a 9 de noviembre de 2012. A/HRC/WGEID/98/2, 14 de febrero de 2013, párr. 38; *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias.* A/HRC/16/48, 26 de enero de 2011, párr. 574.
[8] CDH, *Los derechos*…, E/CN.4/2004/59, cit., párr. 134.

derechos de la persona desaparecida, avocándose a constatar en cada caso concreto qué derechos de los consagrados en la CADH resultan vulnerados[9].

Este desarrollo fragmentario de la desaparición puede haber incidido negativamente en su consideración como un ilícito independiente e incluso puede haber ralentizado la consagración de un derecho humano autónomo a no ser sometido a desaparición forzada[10]. La DPPDF y la CIDF no contienen este derecho en términos explícitos, limitándose a reconocer el carácter pluriofensivo de la desaparición, ambas en su artículo 1. En cambio, en el plano convencional comparado, el artículo 1(1) de la CIPPDF vino a reparar este vacío normativo para el sistema universal, consagrando explícitamente el derecho de toda persona a no ser sometido a desaparición forzada.

Sin embargo, la Corte IDH ha ido asumiendo paulatinamente que la desaparición forzada debe ser analizada de manera integral como un ilícito autónomo y no como una acumulación de violaciones de derechos humanos aislados[11]. En palabras de la Corte, "El fenómeno de la desaparición forzada de personas requiere de un análisis sistémico y comprensivo, por lo cual este Tribunal considera adecuado reiterar el fundamento jurídico que sustenta la necesidad de una perspectiva integral de la desaparición forzada en razón de la pluralidad de conductas que, cohesionadas por un único fin, vulneran de manera permanente, mientras subsistan, bienes jurídicos protegidos por la Convención"[12]. En el

[9] Cfr. los siguientes casos de la Corte IDH: *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 155; *19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 142; *Blake vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 65; *Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 163; *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 106.

[10] Cfr. CDH. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias.* Informe presentado por el Sr. Manfred NOWAK. E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002, párrs. 43 y 96; VENTURINI, Gabriella, "International Law and the Offence of Enforced Disappearance", en VENTURINI, G./BARIATTI, S. (eds.), *Liber Fausto Pocar*. 2 vols. Giuffré, Milano, 2009, t. I, p. 941; SARKIN, Jeremy. "An Interview with Jeremy Sarkin, Chair-Rapporteur of the United Nations Working Group on Enforced and Involuntary Disappearances, on the Joint Study on Global Practices in Relation to Secret Detention", *Essex Human Rights Review*, vol. 8(1), 2011, p. 540.

[11] Corte IDH. *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 146.

[12] Corte IDH. *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 107. Cfr. los siguientes casos del mismo tribunal: *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C nº 221, párr. 72; *González Medina y familiares vs. República Dominicana.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240, párrs. 129 y 221; *Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253, párr. 196; *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párr. 114; *Radilla Pacheco vs. México*, cit., párr. 138.

mismo orden de ideas, la Corte ha sostenido que "El análisis de una posible desaparición forzada no debe enfocarse de manera aislada, dividida y fragmentada sólo en la detención, o la posible tortura, o el riesgo de perder la vida, sino más bien el enfoque debe ser en el conjunto de los hechos que se presentan en el caso en consideración ante la Corte"[13].

En mi opinión, una de las causas que detonó este cambio de criterio fue la discusión que se planteó a propósito de la competencia temporal de Corte IDH en relación con la naturaleza permanente de la desaparición como un hecho internacionalmente ilícito, a propósito de ciertos casos en que la privación de libertad había tenido lugar antes de que el Estado demandado reconociere la competencia de la Corte, prolongándose la desaparición con posterioridad a esta fecha crítica. En efecto, la aceptación de la desaparición como un ilícito integral ha permitido activar la competencia temporal de la Corte en este tipo de casos[14].

Considero, además, que los jueces de la Corte han intentado reflejar en la jurisprudencia sobre la desaparición forzada, las instituciones plasmadas en la CIPPDF, a fin de que no quede ninguna duda sobre la naturaleza autónoma de la desaparición como hecho internacionalmente ilícito y del derecho de toda persona a no ser sometido a desaparición forzada. Al respecto, es indispensable dejar en claro que la prohibición de la desaparición forzada ha alcanzado el rango normativo de norma de *ius cogens*[15]. Sobre el punto, son interesantes y valiosas las aportaciones de CANÇADO TRINDADE y SARKIN, quienes fundamentan el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la desaparición en varias características de este ilícito, entre otras, su capacidad para generar impunidad, el carácter absoluto e inderogable del derecho a no ser sometido a desaparición, la

[13] Corte IDH, *González Medina y Familiares vs. República Dominicana*, cit., párr. 175. Cfr. Corte IDH, *Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*, cit., párr. 196; Corte IDH. *Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 165; Corte IDH. *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párrs. 87 y 89.

[14] Este problema se analiza en SFERRAZZA TAIBI, Pietro. "La desaparición forzada como hecho ilícito permanente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 31(1), 2018, pp. 185-207.

[15] El derecho a no ser sometido a desaparición forzada ha sido incluido por muchos autores en los listados de derechos humanos que han adquirido el rango de *ius cogens*. Cfr. BIANCHI, Andrea, "Human Rights and the Magic of Jus Cogens", *The European Journal of International Law*, vol. 19(3), 2008, p. 495; CHARLESWORTH, Hilary/CHINKIN, Christine, "The Gender of Jus Cogens", *Human Rights Quarterly*, vol. 15(1), 1993, pp. 68 y 70; CITRONI, Gabriella/SCOVAZZI, Tullio, "Recent Developments in International Law to Combat Enforced Disappearances", *Revista Internacional Direito e Cidadania*, nº 3, Fevereiro 2009, pp. 97 y 110; FISCHER-LESCANO, Andreas, "Global Constitutional Struggles: Human Rights between colére publique and colère politique", en KALECK, W. et al (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*, Springer, Berlin, 2007, p. 18.

procedencia de la jurisdicción universal para perseguir su sanción, su difundida tipificación penal en el Derecho interno de varios Estados, su vinculación con la tortura, su elevada gravedad, la nocividad de sus efectos para la persona desaparecida y sus familiares, la crueldad inherente a sus conductas y la aceptación de su prohibición en la práctica nacional e internacional[16].

Por tanto, cabe concluir que la Corte ya ha asumido que la desaparición forzada es un ilícito autónomo que debe ser diferenciado de otras figuras afines. Sin embargo, su competencia contenciosa le obliga a analizar en cada caso concreto si los Estados han vulnerado algunos de los derechos consagrados en la CADH. En relación a ello, se analizará a continuación de qué modo la Corte ha resuelto los casos de desapariciones forzadas.

3. LA PLURIOFENSIVIDAD APLICADA A LA PERSONA DESAPARECIDA

En esta sección del trabajo, se pasará revista a los derechos que la Corte IDH ha considerado vulnerados en los casos de desapariciones forzadas. Para tal efecto, se comenzará por analizar las afectaciones de los derechos de la persona desaparecida.

3.1. La afectación del derecho a la libertad personal

Uno de los derechos humanos garantizados por la CADH que resulta afectado en toda desaparición forzada es la libertad personal consagrada en el artículo 7.1[17]. La Corte ha señalado que la privación de libertad es la primera conducta constitutiva con la que principia una desaparición forzada[18].

---

[16] Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. "Enforced Disappearances of Persons as a Violation of *Jus Cogens*: The Contribution of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights", *Nordic Journal of International Law*, vol. 81(4), 2012, pp. 532-536; SARKIN, Jeremy. "Why the Prohibition of Enforced Disappearance Has Attained *Jus Cogens* Status in International Law", *Nordic Journal of International Law*, vol. 81(4), 2012, pp. 564-570 y 574-576.

[17] Cfr. Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párr. 155; Corte IDH, *Godínez Cruz vs. Honduras*, cit., párr. 163; Corte IDH, *González Medina y Familiares vs. República Dominicana*, cit., párr. 179.

[18] Cfr. Corte IDH, *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, cit., párr. 89; Corte IDH, *González Medina y Familiares vs. República Dominicana*, cit., párr. 179; Corte IDH, *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*,

Además, ha especificado que en una desaparición forzada la privación de libertad puede ser legal *ab initio*, esto es, al momento en que comienza a ejecutarse[19]. Por tanto, es posible que la privación de libertad se realice cumpliéndose las exigencias procedimentales y sustantivas exigidas por el ordenamiento jurídico interno. En esos casos, de todos modos, puede configurarse una desaparición forzada si durante el período en que la víctima permanece privada de libertad, se ejecuta la segunda conducta constitutiva de la desaparición, esto es, la denegación de información sobre el destino y paradero de la víctima[20].

3.2. La afectación del derecho a la integridad personal

Otro de los derechos que la Corte ha considerado vulnerados en perjuicio de la persona desaparecida es el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la CADH. La realidad de las desapariciones demuestra que, en la gran mayoría de los casos, la víctima es sometida a tortura o a tratos crueles, inhumanos y degradantes mientras permanece privada de libertad[21]. La Corte IDH ha declarado la infracción del derecho a la integridad cuando ha sido posible comprobar la práctica de tortura o malos tratos mediante la prueba rendida en el proceso[22]. Resulta muy interesante el hecho de que la Corte IDH haya sostenido que la detención incomunicada por un período prolongado de tiempo a la que se somete la persona desaparecida es un acto que constituye

cit., párr. 116; Corte IDH. *Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 84.

[19] Cfr. Corte IDH, *González Medina y Familiares vs. República Dominicana*, cit., párr. 179; Corte IDH, *Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, párr. 232; Corte IDH, *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, cit., párr. 116; Corte IDH, *Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*, cit., párr. 167, pudiendo servir de ejemplo de un caso en que la privación de libertad no fue ilegal *ab initio*, ya que se realizó conforme a las atribuciones que tenían las fuerzas militares durante un estado de emergencia.

[20] ESPOSITO, Andreana/GENTILE, Gianluca/TRASPASSO, Maria Teresa. "I crimini contro l' umanitá", en LATTANZI, G./MONETTI, V. (coords.). *La Corte Penale Internazionale.* Organi-Competenza-Reati-Processo. Milano: Giuffré Editore, 2006, pp. 718-719.

[21] Para profundizar sobre la tortura es menester citar al homenajeado. Cfr. MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. "La erradicación de la tortura como objetivo jurídico: Luces y sombras de la contribución del derecho internacional", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº 1, septiembre 2011-febrero 2012, pp. 97-106; MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. "La Convención contra la Tortura", GÓMEZ ISA, F. (dir.). *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2004, pp. 243-278; MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. "Recent Jurisprudence of the United Nations Committee against Torture and the International Protection of Refugees", *Refugee Survey Quarterly*, 2015, vol. 34(1), pp. 61-78.

[22] Corte IDH, *19 Comerciantes vs. Colombia*, cit., párr. 150.

tortura o trato cruel e inhumano en sí mismo[23]. La detención incomunicada consiste en impedir que una persona privada de libertad tenga contacto con el mundo exterior[24].

Ahora bien, cuando no ha sido posible acreditar directamente la tortura o malos tratos de la persona desaparecida, el tribunal interamericano ha valorado si el caso sometido a su conocimiento se inserta en una situación estructural de violencia o en un contexto de prácticas generalizadas de violaciones a los derechos humanos. Cuando ha tenido por acreditada una conexión entre el caso específico y este contexto, la Corte ha presumido la práctica de tortura o tratos crueles e inhumanos mediante la procedencia de pruebas indirectas de presunciones. Para tal efecto, ha considerado especialmente las características del ilícito, entre otras, la fecha y el lugar de ejecución, el *modus operandi* y el tipo de víctimas y perpetradores[25]. En este orden de ideas, la Corte ha señalado que "el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales, agentes estatales o particulares que actúen con su aquiescencia o tolerancia, que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad personal y a la vida, aún en el supuesto de que no puedan demostrarse los hechos de torturas o de privación de la vida de la persona en el caso concreto"[26]. Estas apreciaciones de la Corte son muy interesantes desde el punto de vista probatorio, dado que tienen en cuenta la dificultad de acreditar mediantes pruebas directas la comisión de torturas o malos tratos contra la víctima. Es por esta razón que se

[23] Cfr. los siguientes casos de la Corte IDH: *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párrs. 155 y 187; *Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 85; *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 150; *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Hondura*. Fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C No. 6, párr. 149; *Godínez Cruz vs. Honduras*, cit., párrs. 164 y 197; *González Medina y Familiares vs. República Dominicana*, cit., párr. 180; *Gelman vs. Uruguay*, cit., párr. 94; *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, cit., párr. 116; *Torres Millacura y otros vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229, párr. 103.

[24] Obviamente, se habla en sentido figurado de "mundo exterior", haciéndose referencia a cualquier persona distinta a las autoridades públicas, ya que la existencia de contactos entre el detenido y el personal del centro de detención o cualquiera otra autoridad, no altera el carácter incomunicado de la detención. Vid. RODLEY, Nigel/POLLARD, Matt. *The Treatment of Prisoners under International Law* (1987). 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 461.

[25] Cfr. los siguientes casos de la Corte IDH: *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párrs. 124-127 y 147-148; *Godínez Cruz vs. Honduras*, cit., párrs. 130-142 y 155-156; *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, cit., párrs. 121 y 132; *González Medina y Familiares vs. República Dominicana*, cit., párrs. 182-183; *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párrs. 98-100; *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C nº 162, párr. 113.

[26] Cfr. Corte IDH, *Anzualdo Castro vs. Perú*, cit., párr. 85. Cfr. Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, cit., párr. 95; Corte IDH, *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, cit., párr. 117.

acude a medios de pruebas indirectos en situaciones estructurales de violaciones a los derechos humanos[27].

3.3. La afectación del derecho a la vida

Aunque en la gran mayoría de casos de desapariciones forzadas la persona desaparecida suele ser ejecutada extrajudicialmente ocultándose o destruyéndose sus restos mortales, la muerte de la víctima no es un elemento conceptual de la desaparición[28]. Sin embargo, la distinción entre la ejecución extrajudicial y la desaparición forzada no siempre se ha manejado con claridad técnica por la jurisprudencia de la Corte IDH[29]. En varias sentencias, el tribunal interamericano presumió la vulneración del derecho a la vida, consagrado en el artículo 4 de la CADH, en el evento de que la desaparición ocurrida en el caso sometido a su conocimiento estuviere enmarcada en un patrón generalizado de violencia[30].

Sin embargo, en otras sentencias, la Corte consideró que la falta de información por un prolongado período de tiempo sobre el destino y paradero de la persona desaparecida y sus restos mortales, configura la infracción del deber general de garantía en lo relativo a los deberes específicos de prevención e investigación[31]. Es interesante

---

[27] Sobre las cuestiones probatorias de esta jurisprudencia, cfr. MÉNDEZ, Juan E./VIVANCO, José Miguel. "Disappearances and the Inter-American Court: Reflections on a Litigation Experience", *Hamline Law Review*, vol. 13(3), summer 1990, pp. 554-557; VERMEULEN, Marthe Lot. *Enforced Disappearance. Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*. Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2012, pp. 171-179.

[28] Vid. RODLEY y POLLARD, op. cit., p. 333, aclarando que la definición de la desaparición no puede tener entre sus elementos la presunción de la muerte de la víctima debido a varias razones, entre ellas, porque en muchas ocasiones las organizaciones de familiares son resistentes a la aceptación de la muerte de su ser querido; porque han habido casos en que los desaparecidos reaparecen al cabo de un tiempo y porque asumir la muerte la víctima puede representar un desincentivo para que los Estados cumplan con la obligación de buscar y proporcionar información.

[29] Corte IDH, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, cit., voto razonado del juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ, párrs. 15 y 16, defendiendo la distinción entre ejecución extrajudicial y desaparición forzada.

[30] Cfr. Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párr. 188; Corte IDH, *Godínez Cruz vs. Honduras*, cit., párr. 198; Corte IDH, *Castillo Páez vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párrs. 71-73; Corte IDH, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, cit., párr. 173.

[31] Corte IDH, *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 199, párr. 80: "la Corte observa que por la naturaleza misma de la desaparición forzada, la víctima se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge el riesgo de que se violen diversos derechos, entre ellos, el derecho a la vida, consagrado en el artículo 4 de la Convención. Esta situación se ve acentuada cuando se está frente a un patrón sistemático de violaciones de derechos humanos. Del mismo modo, la Corte ha establecido que la falta de investigación de lo ocurrido, representa una infracción de un deber jurídico establecido en el artículo 1.1 de la Convención en relación con el artículo 4.1 de la misma, como es el de garantizar a toda persona sujeta a su jurisdicción la inviolabilidad de la vida y el derecho a no ser privado de ella arbitrariamente, lo cual comprende la prevención razonable de

hacer referencia al caso *La Cantuta vs. Perú*, porque en esta sentencia la Corte diferencia con claridad las ejecuciones extrajudiciales de las desapariciones forzadas, en atención a si se habían hallado e identificado los restos de las víctimas[32]. Por tanto, los casos difíciles en que resulta complejo determinar si el hecho es subsumible a una desaparición forzada o una ejecución extrajudicial, deben ser resueltos valorándose si hubo denegación de información.

Otro buen ejemplo puede ser el caso *Durand y Ugarte vs. Perú*, sobre un amotinamiento ocurrido en el establecimiento penitenciario en que perdieron la vida un centenar de reclusos a consecuencia del uso desproporcionado de la fuerza durante la debelación del motín. El hecho que interesa para los fines de este trabajo fue la falta de diligencia en la identificación de los cadáveres y restos óseos de los reclusos fallecidos, ya que los restos de dos víctimas no fueron encontrados. A pesar de reconocer la probabilidad de que ambos reclusos hayan fallecido, la Corte los calificó como víctimas de desapariciones forzadas, en atención a que el Estado no había sido lo razonablemente diligente en la búsqueda y entrega de la información sobre la suerte y paradero de los reclusos[33]. Por tanto, los dos últimos casos citados dan cuenta de que el elemento determinante para diferenciar una ejecución extrajudicial de una desaparición forzada es la denegación de información sobre la suerte y paradero de la víctima.

3.4. La afectación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ha sido definido por la Corte IDH como "el derecho de toda persona a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones", de tal modo que "la violación de aquel

situaciones que puedan redundar en la supresión de ese derecho". Cfr. Corte IDH, *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, cit., párr. 96.

[32] Corte IDH, *La Cantuta vs. Perú*, cit., párr. 114: "Es necesario precisar que la plena identificación de los restos de Bertila Lozano Torres y Luis Enrique Ortiz Perea permite calificar los actos cometidos en su perjuicio como ejecuciones extrajudiciales […]. Sin perjuicio de ello, la Corte estima que, mientras no sea determinado el paradero de esas personas, o debidamente localizados e identificados sus restos, el tratamiento jurídico adecuado para la situación de esas cuatro personas es la de desaparición forzada de personas".

[33] Corte IDH. *Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C nº 68, párrs. 59, 124, 128, 130 y 143.

reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes"[34].

En una primera etapa jurisprudencial, el tribunal interamericano se negaba a declarar la vulneración de este derecho en casos de desapariciones forzadas[35]. Sin embargo, a partir del caso *Anzualdo Castro vs. Perú*, la Corte consideró que la desaparición forzada implica la vulneración del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, porque "más allá de que la persona desaparecida no pueda continuar gozando y ejerciendo otros, y eventualmente todos, los derechos de los cuales también es titular, su desaparición busca no sólo una de las más graves formas de sustracción de una persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, sino también negar su existencia misma y dejarla en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica ante la sociedad, el Estado e inclusive la comunidad internacional"[36].

De hecho, la vulneración del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica coincide plenamente con la sustracción a la protección de la ley mencionada en las diversas definiciones internacionales convencionales de la desaparición[37]. Según ANDREU-GUZMÁN, la sustracción a la protección de la ley consiste en "el efecto de suspender el disfrute de todos los derechos de la persona desaparecida y de colocar a la víctima en una situación de completa indefensión"[38].

A mi juicio, en las desapariciones forzadas se genera una situación de inhabilidad jurídica general que no sólo incluye la imposibilidad de hacer valer los recursos judiciales que garantizan la privación de libertad, sino que además se extiende a otros ámbitos

[34] Cfr. Corte IDH, *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, cit., párr. 69. Cfr. Corte IDH, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, cit., párr. 179; Corte IDH, *La Cantuta vs. Perú*, cit., párr. 120; Corte IDH. *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 188.
[35] Corte IDH, *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, cit., párr. 69.
[36] Corte IDH, *Anzualdo Castro vs. Perú*, cit., párr. 90. Cfr. Corte IDH, *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, cit., párr. 98; Corte IDH, *González Medina y Familiares vs. República Dominicana*, cit., párr. 188; Corte IDH, *Torres Millacura y otros vs. Argentina*, cit., párr. 105.
[37] Cfr. Corte IDH, *Anzualdo Castro vs. Perú*, cit., párrs. 92-96; Corte IDH, *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, cit., párr. 99; Corte IDH, *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, cit., párr. 118.
[38] ANDREU-GUZMÁN, Federico. "The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance", *The Review (International Commission of Jurists)*, nº 62-63, septiembre 2001, p. 75: "the effect of suspending enjoyment of all of the rights of the disappeared person and placing the victim in a situation of complete defenselessness".

jurídicos muy diversos[39]. Piénsese en las dificultades que deben sortear los familiares en materia de Derecho sucesorio o Derecho de familia.

4. LA PLURIOFENSIVIDAD APLICADA A LOS FAMILIARES DE LA PERSONA DESAPARECIDA

Habiéndose analizado los derechos protegidos por la CADH que se han considerado vulnerados respecto de la persona desaparecida, en el presente apartado se realizará un ejercicio similar, pero ahora con relación a los familiares de la persona desaparecida[40].

4.1. La afectación de las garantías judiciales y la protección judicial

Un plexo de derechos que la Corte ha considerado vulnerados con respecto a las víctimas dice relación con las garantías judiciales y la protección judicial, derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH. La sustracción a la protección de la ley, considerada como una consecuencia que se genera a raíz de la desaparición forzada, remueve a la persona desaparecida de la protección del Derecho, imposibilitándole que haga valer las garantías procesales establecidas en la ley[41]. La sustracción a la protección de la ley se produce a consecuencia de la denegación de información, ya que la persona desaparecida, al estar sometida a un régimen ilegal de privación de libertad ser secreta e incomunicada, está fáctica y jurídicamente inhabilitada para valerse de las garantías procesales consagradas en favor de la persona privada de libertad.

Por tanto, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte IDH, "si la víctima misma no puede acceder a los recursos disponibles, resulta fundamental que los familiares u otras

[39] Corte IDH, *Anzualdo Castro vs. Perú*, cit., párr. 101: "se deja a la víctima en una situación de indeterminación jurídica que imposibilita, obstaculiza o anula la posibilidad de la persona de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos en general". Cfr. Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, cit., párr. 92; Corte IDH, *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, cit., párrs. 100, 102 y 104-117, un caso interesante en este sentido, porque la desaparición de la víctima tuvo motivo en su calidad de Alcalde, de modo que la desaparición implicó la vulneración de los derechos políticos del artículo 23.1 de la CADH.

[40] Si bien la Corte IDH ha hecho referencia a la vulneración del derecho a la verdad, pese a su elevado grado de importancia, en atención a su complejidad y por razones de espacio, en esta contribución no se hará referencia al análisis de este derecho.

[41] Cfr. BOOT, Machteld. *Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes. Nullum Crimen Sine Lege and Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*. Antwerpen/Oxford/New York: Intersentia, 2002, p. 527; OTT, Lisa. *Enforced Disappearances in International Law*. Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2011, p. 27.

personas allegadas puedan acceder a procedimientos o recursos judiciales rápidos y eficaces como medio para determinar su paradero o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva"[42]. En concordancia con lo anterior, la Corte ha sostenido que los familiares de una persona desaparecida tienen el derecho a que se realice una investigación judicial de los hechos, a que se procesen a los responsables, a que éstos sean sancionados de acreditarse su responsabilidad y a que se conceda la indemnización de los daños causados[43]. Por tanto, en la medida en que el Estado no cumpla diligentemente con estos deberes internacionales, se configurará la vulneración de estos derechos cuyos titulares son los familiares de la persona desaparecida.

4.2. La afectación del derecho a la integridad personal

En el contexto de la comisión de las desapariciones forzadas, la Corte IDH ha considerado que el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5.1 de la CADH, resulta vulnerado en perjuicio de los familiares de la persona desaparecida. El tribunal interamericano ha recurrido a diversos y contundentes argumentos tendientes a justificar la vulneración de este derecho.

En primer lugar, ha considerado que la desaparición forzada genera como "consecuencia directa" la afectación de la integridad personal de los familiares debido al profundo sufrimiento que experimentan, por la falta de información sobre la suerte y paradero de su ser querido[44]. En segundo lugar, la Corte ha afirmado que la no realización de una investigación diligente por parte de las autoridades estatales, también constituye una fuente de angustia que afecta el derecho a la integridad de los familiares[45]. En un

[42] Cfr. Corte IDH, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, cit., párr. 64; Corte IDH. *Torres Millacura y otros vs. Argentina*, cit., párrs. 100 y 114; Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, cit., párr. 185.
[43] Cfr. Corte IDH, *Blake vs. Guatemala*, cit., párr. 97; Corte IDH, *19 Comerciantes vs. Colombia*, cit., párr. 185; Corte IDH, *Durand y Ugarte vs. Perú*, cit., párr. 130.
[44] Cfr. los siguientes casos de la Corte IDH: *Blake vs. Guatemala*, cit., párr. 114; *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, cit., párr. 165; *Gelman vs. Uruguay*, cit., párr. 133; *Gómez Palomino vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2008. Serie C No. 175, párr. 61; *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 239; *González Medina y Familiares vs. República Dominicana*, cit., párr. 270; *Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*, cit., párr. 286.
[45] Cfr. Corte IDH, *Anzualdo Castro vs. Perú*, cit., párr. 113; Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, cit., párr. 133; Corte IDH, *Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*, cit., párr. 286; Corte IDH, *González Medina y Familiares vs. República Dominicana*, cit., párr. 270; Corte IDH, *Radilla Pacheco vs. México*, cit., párr. 167.

menor número de sentencias, pero no por ello menos significativas, la Corte ha sostenido que la afectación del derecho a la verdad de los familiares configura, a su vez, un trato cruel e inhumano[46]. Finalmente, algunas sentencias han identificado como fuente de sufrimiento constitutivas de afectación del derecho a la integridad, la falta de búsqueda de los restos de la persona desaparecida por parte de las autoridades estatales[47] y la imposibilidad de que los familiares puedan cerrar su duelo realizando el rito fúnebre de acuerdo con su contexto religioso y cultural[48].

Para determinar las personas que entre los familiares pueden calificarse como víctimas, la Corte ha elaborado una distinción entre familiares "directos" y familiares "indirectos". En opinión del tribunal interamericano, respecto de los familiares que denomina "directos", existe una presunción *iuris tantum* de considerar automáticamente víctimas de la afectación del derecho a la integridad a la madre, al padre, a las hijas e hijos, a los esposos y esposas y a los compañeros y compañeras permanentes[49]. En alguna sentencia, se han incluido a los hermanos y hermanas[50]. Respecto de todos estos familiares, la carga de la prueba de demostrar la ausencia de un vínculo con la persona desaparecida recae sobre el Estado.

En cambio, respecto de los familiares que la Corte califica de "indirectos", debe realizarse un análisis casuístico de la prueba rendida en el juicio para determinar si resulta

---

[46] Cfr. Corte IDH, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, cit., párr. 165; Corte IDH, *Anzualdo Castro vs. Perú*, cit., párr. 113; Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, cit., párr. 133; Corte IDH, *González Medina y Familiares vs. República Dominicana*, cit., párr. 270; Corte IDH, *Radilla Pacheco vs. México*, cit., párr. 166; Corte IDH, *Contreras y otros vs. El Salvador*, cit., párr. 123.

[47] Cfr. Corte IDH, *Blake vs. Guatemala*, cit., párr. 115; Corte IDH, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, cit., párr. 165; Corte IDH, *19 Comerciantes vs. Colombia*, cit., párrs. 210-213; Corte IDH, *Gómez Palomino vs. Perú*, cit., párr. 67; Corte IDH, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 160.

[48] Corte IDH, *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, cit., párr. 239.

[49] Cfr. Corte IDH, *González Medina y Familiares vs. República Dominicana*, cit., párr. 270; Corte IDH, *Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*, cit., párr. 286; Corte IDH, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, cit., párr. 127. Corte IDH, *Radilla Pacheco vs. México*, cit., párr. 162.

[50] Cfr. Corte IDH, *Gómez Palomino vs. Perú*, cit., párr. 65; Corte IDH, *Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*, cit., párr. 286.
Sin embargo, la sentencia *La Cantuta vs. Perú*, cit., párr. 124, concluyó que no se había aportado prueba suficiente para acreditar un perjuicio respecto de los hermanos y hermanas de las personas desaparecidas. Esta posición recibió la severa admonición del juez CANÇADO TRINDADE, párrs. 39-85, manifestada a través de un voto razonado, para quien un enfoque del Derecho internacional orientado a las víctimas y una concepción de éstas centrada en el sufrimiento que experimentan, impiden exigir la prueba del daño moral de los familiares más cercanos, incluyendo los hermanos y hermanas. En estos casos, no sólo es difícil acreditar un perjuicio de esa naturaleza, sino que es improcedente porque contrario a la lógica de las relaciones de familia, dado que la regla general es que una persona sufra angustia por la desaparición de un hermano.

afectado su derecho a la integridad[51]. Para tal efecto, debe valorarse una lista no exhaustiva de factores, entre otros, la existencia de un vínculo afectivo entre la víctima y la persona desaparecida[52], el papel desempeñado por el familiar en la búsqueda de la información[53] y la actitud de las autoridades en la investigación y búsqueda de la persona desaparecida[54].

CONCLUSIONES

La competencia contenciosa de la Corte IDH le faculta para declarar la responsabilidad internacional de un Estado parte de la CADH en el evento de que en un caso concreto haya vulnerado algunos de los derechos protegidos por este importante tratado internacional. En base a ello, la Corte IDH ha valorado en cada caso de desaparición forzada que ha sido sometido a su conocimiento, qué derechos de los protegidos en el Pacto de San José de Costa Rica han resultado afectados, adoptando lo que tradicionalmente se conoce como enfoque pluriofensivo. Consciente de la evolución normativa que la desaparición ha experimentado en el Derecho internacional como hecho internacionalmente ilícito autónomo, la Corte fue adaptando su jurisprudencia incorporando esta perspectiva integral

Ante la ausencia de una regulación convencional de la noción de víctima de la desaparición forzada en los instrumentos normativos del sistema interamericano, la Corte

[51] Cfr. las siguientes sentencias de la Corte IDH: *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, cit., párrs. 235-237; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, cit., párrs. 127-128; *Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 262-265; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párr. 235; *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párrs. 119 y 129.
[52] Cfr. las siguientes sentencias de la Corte IDH: *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, cit., párr. 163; *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, cit., párrs. 235 y 238; *Gómez Palomino vs. Perú*, cit., párr. 65; *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, cit., párrs. 163 y 175; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, cit., párr. 127; *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, cit., párrs. 121-128 y 131-132.
[53] Cfr. las siguientes sentencias de la Corte IDH: *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo, cit., párrs. 163 y 165; *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, cit., párrs. 235 y 238; *Gómez Palomino vs. Perú.*, cit., párr. 65; *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, cit., párrs. 163, 168-169 y 175; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, cit., párrs. 127 y 132; *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, cit., párr. 119.
[54] Cfr. las siguientes sentencias de la Corte IDH: *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo, cit., párrs. 161 y 165; *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, cit., párrs. 235, 238 y 241-242; *Gómez Palomino vs. Perú*, cit., párr. 67; *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, cit., párrs. 163 y 170-175; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, cit., párrs. 126-127 y 130; *Masacres de Ituango vs. Colombia*, cit., párr. 261; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párrs. 154 y 157-158; *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, cit., párrs. 119 y 132.

tuvo la perspicacia suficiente para emplear el enfoque pluriofensivo de la desaparición forzada en relación con los familiares de la persona desaparecida. De esa manera, analizando los derechos que los familiares sufren en carne propia, la Corte IDH ha ido hilando una jurisprudencia interesante y valiosa, que ha permitido ampliar la perspectiva sobre el conjunto de personas afectadas por este crimen tan atroz. En efecto, tras la pérdida de información sobre la suerte y paradero de la persona desaparecida, son los familiares quienes sufren la ausencia; quienes experimentan la angustia por no saber dónde está su ser querido; quienes lo buscan incansablemente en los lugares más insospechados y presionan al Estado para encontrarlo con vida o hallar e identificar sus restos mortales; quienes impulsan a la justicia para que investigue, juzgue y sancione a los perpetradores; quienes perpetúan el cultivo la memoria y el destierro del olvido; quienes requieren una reparación justa e integral; quienes exigen la revelación de la verdad de lo ocurrido y la implementación de todas las medidas necesaria para que nunca más un ser humado sea desaparecido.

La Corte IDH, pese a sus variadas limitaciones, ha estado a la altura de estos desafíos. Este compromiso con la protección los derechos humanos que la Corte ha demostrado en sus sentencias, es el mismo compromiso que el profesor Fernando MARIÑO MENÉNDEZ mantuvo a lo largo de sus actividades como docente y como experto internacional.

BIBLIOGRAFÍA

ANDREU-GUZMÁN, Federico. "The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance", *The Review (International Commission of Jurists)*, nº 62-63, septiembre 2001, pp. 73-106.

BIANCHI, Andrea, "Human Rights and the Magic of Jus Cogens", *The European Journal of International Law*, vol. 19(3), 2008, pp. 491-508.

BOOT, Machteld. *Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes. Nullum Crimen Sine Lege and Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*. Antwerpen/Oxford/New York: Intersentia, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. "Enforced Disappearances of Persons as a Violation of *Jus Cogens*: The Contribution of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights", *Nordic Journal of International Law*, vol. 81(4), 2012, pp. 507-536.

CHARLESWORTH, Hilary/CHINKIN, Christine, "The Gender of Jus Cogens", *Human Rights Quarterly*, vol. 15(1), 1993, pp. 63-76.

CITRONI, Gabriella/SCOVAZZI, Tullio, "Recent Developments in International Law to Combat Enforced Disappearances", *Revista Internacional Direito e Cidadania*, nº 3, Fevereiro 2009, pp. 89-111.

ESPOSITO, Andreana/GENTILE, Gianluca/TRASPASSO, Maria Teresa. "I crimini contro l' umanitá", en LATTANZI, G./MONETTI, V. (coords.). *La Corte Penale Internazionale*. Organi-Competenza-Reati-Processo. Milano: Giuffré Editore, 2006, pp. 599-756.

FISCHER-LESCANO, Andreas, "Global Constitutional Struggles: Human Rights between colére publique and colère politique", en KALECK, W. et al (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*, Springer, Berlin, 2007, pp. 13-27.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. "La Convención contra la Tortura", GÓMEZ ISA, F. (dir.). *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2004, pp. 243-278.

- "La erradicación de la tortura como objetivo jurídico: Luces y sombras de la contribución del derecho internacional", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº 1, septiembre 2011-febrero 2012, pp. 97-106

- "Recent Jurisprudence of the United Nations Committee against Torture and the International Protection of Refugees", *Refugee Survey Quarterly*, 2015, vol. 34(1), pp. 61-78.

MEDELLÍN, Ximena. "El papel de las víctimas ante el sistema interamericano de protección de los Derecho Humanos", en OLÁSOLO ALONSO, H./CUENCA CURBELO, S. (coords.). *Perspectiva iberoamericana sobre la Justicia penal internacional*. Vol. I. Valencia: Tirant lo Blanc, 2011, pp. 211-227.

OLÁSOLO ALONSO, Héctor/GALAIN PALERMO, Pablo. "Diálogo jurisprudencial en materia de acceso, participación y reparación de las víctimas entre el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos y el sistema de aplicación del Derecho penal internacional del Estatuto de Roma", en FERRER MAC-GREGOR, E./ HERRERA GARCÍA, A. (coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. In Memoriam Jorge Carpizo*. México D. F.: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1261-1314.

OTT, Lisa. *Enforced Disappearances in International Law*. Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2011.

RODLEY, Nigel/POLLARD, Matt. *The Treatment of Prisoners under International Law* (1987). 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

MÉNDEZ, Juan E./VIVANCO, José Miguel. "Disappearances and the Inter-American Court: Reflections on a Litigation Experience", *Hamline Law Review*, vol. 13(3), summer 1990, pp. 507-577.

SARKIN, Jeremy. "An Interview with Jeremy Sarkin, Chair-Rapporteur of the United Nations Working Group on Enforced and Involuntary Disappearances, on the Joint Study on Global Practices in Relation to Secret Detention", *Essex Human Rights Review*, vol. 8(1), 2011, pp. 57-67.

RODLEY, Nigel/POLLARD, Matt. *The Treatment of Prisoners under International Law* (1987). 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SARKIN, Jeremy. "Why the Prohibition of Enforced Disappearance Has Attained *Jus Cogens* Status in International Law", *Nordic Journal of International Law* vol. 81(4), 2012, pp. 537-584.

SFERRAZZA TAIBI, Pietro. "La desaparición forzada como hecho ilícito permanente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 31(1), 2018, pp. 185-207.

VENTURINI, Gabriella, "International Law and the Offence of Enforced Disappearance", en VENTURINI, G./BARIATTI, S. (eds.), *Liber Fausto Pocar*. 2 vols. Giuffré, Milano, 2009, t. I, pp. 939-954.

VERMEULEN, Marthe Lot. *Enforced Disappearance. Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*. Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2012.

III. EL ANÁLISIS DE LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ

Revista Electrónica Iberoamericana ISSN: 1988 - 0618
http://www.urjc.es/ceib/ Vol. 13, Edición Especial, 2019

DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE: EL DERECHO A LA VIDA, SEGURIDAD E INTEGRIDAD PERSONAL DE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD

AMERICAN DECLARATION OF THE RIGHTS AND DUTIES OF MAN: THE RIGHT TO LIFE, SAFETY AND PERSONAL INTEGRITY OF THOSE DEPRIVED OF THEIR LIBERTY

Tomas Alonso[1]

Universidad Carlos III, España

RESUMEN

En el presente trabajo se realiza un análisis del valor de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, desde un punto de vista histórico y jurídico, haciendo énfasis en su aporte dentro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Analizaremos su evolución jurisprudencial, desde un catálogo de derechos hasta una fuente de obligaciones y como mecanismo complementario de protección de los derechos humanos. Exponiendo sus características, aplicación y naturaleza jurídica. La metodología utilizada es documental, descriptiva y utilizando diversas fuentes del derecho comparado.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, sistema interamericano, corte interamericana, sentencias, declaración americana

ABSTRACT

This paper analyzes the value of the American Declaration of the Rights and Duties of Man, from a historical and legal point of view, emphasizing its contribution within the Inter-American System for the Protection of Human Rights. We will analyze its jurisprudential evolution, from a catalogue of rights to a source of obligations and as a complementary mechanism for the protection of human rights. Outlining its characteristics, application and legal nature. The methodology used is documental, descriptive and using diverse sources of comparative law.

[1] Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid, España e Investigador postdoctoral en Universidad de Santiago de Compostela en Derecho Público.

KEYWORDS: Human rights, inter-American system, inter-American court, rulings, American Declaration.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DESARROLLO HISTÓRICO. III. EL VALOR DE LA DECLARACIÓN AMERICANA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. IV. EL DERECHO A LA VIDA, SEGURIDAD E INTEGRIDAD PERSONAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. V. CONCLUSIÓN.

* * *

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de la celebración del 70 aniversario de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, firmada en Colombia, Bogotá en 1948[2], -primer instrumento internacional de derechos humanos en América-, es necesario subrayar la importancia del documento, así como valorar su papel en la creación y desarrollo de la Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CorteIDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH[3]). El Doctor Sergio García Ramírez[4], que fue juez de la CorteIDH, considera que dicho instrumento influyó en la formación del derecho interamericano de Derechos Humanos, así como en el perfeccionamiento de los derechos nacionales. La Declaración Americana proclama los "derechos fundamentales de la persona humana"[5] e hizo posible la integración regional de los países regidos por los mismos valores como, el respecto a la dignidad humana, a los derechos civiles, políticos,

[2] La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada por la IX Conferencia internacional americana, la misma que dispuso la creación de la OEA. En adelante Declaración Americana.
[3] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Fue creada por resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Santiago de Chile en 1959. Tiene su sede en Washington D. C., Estados Unidos.
[4] Coloquio sobre la Declaración a 70 años de su vigencia que fue organizado por la Coordinación de Derechos Humanos, Igualdad de Género y Asuntos Internacionales del Consejo de la Judicatura Federal. Participó el jurista Sergio García Ramírez en la mesa de análisis "*Los influjos de la Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre en la región a 70 años*", México, 2018.
[5] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano: Actualizado a febrero de 2012 (CIDH, San José, 2012), pp. 4-5.

sociales y culturales, aplicándose de forma universal, como señala Pérez Luño: "…la universalidad es un rasgo decisivo para definir a estos derechos...Precisamente el gran avance de la modernidad reside en haber formulado la categoría de unos derechos del género humano, para evitar cualquier tipo de limitación o fragmentación en su titularidad"[6]. La Declaración Americana consagra un catálogo de derechos, como el derecho a la vida, la integridad personal, igualdad, libertad, seguridad, no discriminación, libertad religiosa y de culto, etc. E impone deberes correlativos que coadyuven a una mejor convivencia y a un efectivo cumplimento de los mismos, como el derecho al sufragio, la obligación de cumplir la ley. La importancia de la Declaración Americana no solo es consagrar por primera vez tales derechos y obligaciones, sino desarrollar en forma pionera el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, inspirando instrumentos jurídicos en diversos sistemas de protección, como dice Salvioli, "la Declaración Americana ha inspirado a instrumentos jurídicos posteriores del sistema interamericano de protección de los derechos humanos…"[7]. La Declaración Americana nace es un instrumento político y sin vinculación jurídica, que con el tiempo tuvo fuerza normativa a través del Sistema Interamericano de Derecho Humanos (en adelante SIDH).

Los Derechos humanos nacen de anteponer la dignidad de la persona frente a los abusos de poder por el Estado. El poder público que, en teoría, debe proteger los derechos y dignidad de las personas. La Declaración Americana nace como una expresión de una sociedad moderna, ante una comunidad internacional organizada, que reconoce un conjunto de derechos primordiales, imprescriptibles y que el Estado tiene responsabilidad de respetarlos. Los derechos humanos se aplican a toda persona, sin importar si es nacional de un determinado Estado o del territorio en donde se encuentre. La internacionalización de los derechos humanos se debe a la Segunda Guerra Mundial, por las atrocidades cometidas por el régimen nazi. Deben constituirse instancias internacionales para que el Estado proteja los derechos. Nikken es claro al señalar que la Declaración Americana así como la Declaración de Derechos Humanos de la ONU, -como otros instrumentos de su género-, "…son actos solemnes por medio de los cuales

[6] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos Humanos*, Diccionario Crítico de los Derechos Humanos, por ALARCÓN CABRERA, Carlos, Juan Jesús, MORA MOLINA, Ramón Luis, SORIANO DÍAZ, España, 2000, p.39.
[7] SALVIOLI, Fabián. *"El aporte de la Declaración Americana de 1948 para la protección internacional de los derechos humanos",* en: "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del Siglo XXI", T. I; Edit. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2001, p. 693.

quienes lo emiten proclaman su apoyo a principios de gran valor, juzgados como perdurables, El efecto de las declaraciones es su carácter vinculante, que no responden a un enunciado único y dependen, entre otras cosas, de las circunstancias en que la declaración se haya emitido y del valor que se le haya reconocido al instrumento a la hora de invocar los principios proclamado"[8]. Continua su crítica hacia la fuerza vinculante de la Declaración Americana al señalar que, a pesar de que se tengan argumentos para su obligatoriedad, en su origen, no tenían un efecto vinculante. En la actualidad la Declaración Americana se ha constituido en una fuente de derechos y la violación de sus preceptos conlleva obligaciones por parte de los Estados firmantes de la Declaración.

II. DESARROLLO HISTÓRICO

Los derechos humanos han evolucionado. La Declaración Americana reconoce que los derechos humanos no dependen de los gobiernos, sino que son inherentes al ser humano, se tienen por el hecho de nacer. En un principio consistió en un sistema regional de protección de derechos humanos y posteriormente sería llamado "Sistema interamericano de Derecho Humanos". La Declaración Americana tiene sus antecedentes en el Congreso Anfictiónico de Panamá, asamblea diplomática que se reunió en 1826 en Panamá. Fue convocado por Simón Bolívar con el objetivo de unir a los vice reinados y los primeros Estados independientes de América Latina, basándose en un proyecto de unión continental, como lo habían ideado anteriormente Francisco de Miranda cuando propuso "formar de la América Unida una grande familia de hermanos"[9], Juan Egaña, Bernardo O´Higgins, etc. que hablaban de una confederación en el continente americano. El punto 6 dejó clara la necesidad de la creación de una "Organización de un cuerpo de normas de derecho internacional". Durante la celebración del Congreso de Panamá se firmaron varios instrumentos adicionales, entre ellos una convención que creaba un ejército independiente y permanente de 60,000 soldados, como fuerza internacional de paz, integrada por tropas de cada República independiente. Esta Confederación de

[8] NIKKEN, Pedro. *Sobre el concepto de Derechos Humanos,* Serie: Estudios básicos de derechos humanos, Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1994, p.34.
[9] Cft. DE LA REZA, Germán A. *El Congreso de Panamá de 1826 y otros ensayos de integración latinoamericana en el siglo XIX,* Estudios y Fuentes documentales Anotadas. Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco, División de Ciencias Sociales y Humanidades, Coordinación de Difusión y Publicaciones., México, 2006, p.13.

Estados creó principios y procedimientos que más tarde serían aplicados en las conferencias latinoamericanas, como el establecimiento de una Asamblea general, como órgano principal de la Confederación, formada por representantes de los Estados confederados en igualdad jurídica, para mantener la paz y solucionar los conflictos. Se estableció la mediación y conciliación entre todas las potencias, abolición de la esclavitud, la codificación del derecho internacional, exclusión de un país confederado cuando violara el tratado de paz, así como el respeto y cumplimiento de las decisiones de la Asamblea General y el establecimiento de la ciudadanía continental de los ciudadanos miembros[10]. Numerosos acercamientos internacionales dieron en años posteriores, para la unificación económica o a las relaciones comerciales. Hablar de una protección, no solo de los derechos fundamentales, sino también del Estado democrático de Derecho, no fue hasta la "Primera Conferencia Internacional Americana" en Washington, D.C., del 2 de octubre de 1889 al 19 de abril de 1890, para discutir medidas comerciales, de tipo aduanero, estadístico, reglamentario, etc. y para unificarla entre los Estados. En palabras de Pierini, "…en el marco de este espíritu asociativo, una pluralidad de Congresos que fueron precariamente convocados y celebrados durante el transcurso del siglo XIX, los cuales sirvieron de cimientos a la construcción que derivaría en el vigente Sistema Interamericano de Integración y de protección de los Derechos Humanos"[11]. Estas acciones llevaron a la conformación de la Unión Internacional de las Repúblicas Americanas conocida como "Oficina Comercial de las Repúblicas Americanas" hasta 1902 y como "Oficina Internacional de las Repúblicas Americanas" hasta 1910, cuyo fin era manifestarse a través de sus conferencias entre 1889 y 1948; antecedente de la OEA.

Esta primera conferencia motivó posteriores reuniones, como "VI Conferencia Panamericana" de 1928, en La Habana, donde se aprobó el Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante, para unificar la normativa sobre Derecho Internacional Privado. Contó con el apoyo de Estados Unidos, México, Colombia, mientras que países como Argentina, Uruguay, Paraguay se opusieron para regirse por los Tratados de Montevideo sobre Derecho Internacional Privado de 1888 y 1889.

[10] Cft. Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales. *El Sistema interamericano, Estudio sobre su desarrollo y fortalecimiento*, Ediciones del Centro de Estudios Hispanoamericanos del Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1966, p. xxv.

[11] PIERINI, Alicia, KUNUSCH, Leandro y GRECO, Martiniano. *Introducción al Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y procedimiento ante sus órganos de tutela*, Buenos Aires Universidad Nacional de La Plata, 2018, p. 206.
Tomado de https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/issue/view/ReDeA%202018, visto el 9 de octubre de 2018.

Constituyéndose estos dos tratados los primeros de Derecho Internacional Privado en entrar en vigor, mientras que el resto de los países latinoamericanos aprobaron el Código de Bustamante con reservas al respecto sobre su aplicabilidad. De igual manera se aprobaron convenciones relativas al asilo diplomático, condición de extranjeros, neutralidad marítima, aviación comercial, agentes consulares y funcionarios diplomáticos, así como derechos y deberes de los Estados en luchas civiles[12]. Posteriormente se dio la "VII Conferencia Panamericana" de 1933 en Montevideo, donde nace la "política de buena vecindad", propuesta por Estados Unidos que hacía un llamado al "panamericanismo". Durante esta Conferencia se aprobó por unanimidad la "Bandera de la Hispanidad" como símbolo de unión americana, así como el reconocimiento de la igualdad jurídica entre países, no intervención y la paz y el derecho de autodefensa[13].

Al fin de la segunda guerra mundial se efectuó la "Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz" en marzo de 1945 en Chapultepec, México, que establece la "protección internacional de los derechos esenciales del hombre". En su parte resolutiva señaló, "1. Proclamar la adhesión de las Repúblicas Americanas a los principios consagrados en el Derecho Internacional para la salvaguardia de los derechos esenciales del hombre y pronunciarse en favor de un sistema de protección internacional de los mismos". Y propuso la creación de un "Comité Interamericano", con la finalidad de crear una carta de deberes y derechos, que en su punto 2 señala, "2. Encomendar al Comité Jurídico Interamericano la redacción de un anteproyecto de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre que será sometido por conducto de la Unión Panamericana a todos los Gobiernos del Continente... 3. Encargar al Consejo Directivo de la Unión Panamericana de la convocatoria de la Conferencia Internacional de Jurisconsultos Americanos una vez que el Comité haya elaborado dicho proyecto, así como los demás cuya preparación le confíe la presente Conferencia, a fin de que la declaración sea adoptada en firma de convención por los Estados del Continente". En 1947 se crea la "Carta Internacional Americana de garantías sociales o declaración de los

[12] Cft. MORENO PINTO, Ismael. *Origen y Evolución del Sistema Interamericano*, Colección del Archivo Histórico Diplomático Mexicano, Secretaria de Relaciones Exteriores, Tlatelco, México, D, F, 1977, p.81.
[13] Cft. MENESES, Emilio, TAGLE, Jorge, GUEVARA, Tulio. *La política exterior chilena del siglo XX, a través de los mensajes presidenciales y las conferencias panamericanas hasta la segunda guerra mundial*. Evolución de la Posición de Chile en el Sistema Internacional durante el siglo XX, 1982, p. 59. Visto el 1 de septiembre de 2018 en: https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/11043/000353353.pdf?sequence=1

derechos sociales del trabajador", adoptada en Río de Janeiro, Brasil y que recoge por primera vez en su Artículo 1, la igualdad entre los trabajadores, "…tiene por objeto declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase y constituye el mínimum de derechos de que ellos deben gozar en los Estados Americanos, sin perjuicio de que las leyes de cada uno puedan ampliar esos derechos o reconocerles otros más favorables. Esta Carta de Garantías Sociales protege por igual a hombres y mujeres". En 1948 la "IX Conferencia Panamericana" se convierte en la conferencia más importante ya que se crea la OEA, en sustitución de la Unión Panamericana. Con la participación de 21 países del continente americano y se establece la "Carta de la Organización de los Estados Americanos"[14]. Además se aprueba el "Tratado Americano de Soluciones Pacíficas", también conocido como el Pacto de Bogotá, que tenía como fin obtener el compromiso de los Estados participantes de resolver los conflictos por medios pacíficos. La suscripción de la Declaración Americana[15] constituye en la primera declaración internacional sobre derechos humanos, seis meses antes de la "Declaración Universal de los Derechos Humanos" de la ONU[16]. La Declaración Americana consta de un preámbulo que dice, "Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros". Está formada por dos capítulos, el primero dedicado a los derechos civiles, políticos, económicos, culturales y sociales, los límites al ejercicio de los derechos, completado con los deberes[17] y el segundo a las obligaciones. Integrada por 28 artículos[18]. Todo ser humano tiene derecho, "I: a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona". González Morales agrega, "…sin embargo, junto con la creación de la OEA, en octubre de 1984, los Estados que habían concurrido para su establecimiento adoptaron la Declaración

[14] Carta de la Organización de los Estados Americanos, es un tratado interamericano que crea la Organización de los Estados Americanos. Entro en vigor el 13 de diciembre de 1951.
[15] El Pacto de Bogotá o Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, es un tratado internacional suscrito el 30 de abril de 1948.
[16] La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París.
[17] Está integrada por varios deberes: ante la sociedad, para con los hijos y los padres, de instrucción, de sufragio, de obediencia a la Ley, de servir a la comunidad y a la nación, de asistencia y seguridad sociales, de pagar impuestos, de trabajo, de abstenerse de actividades políticas en país extranjero.
[18] Está integrada por 28 artículos dedicados a los derechos: a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona, igualdad ante la Ley, libertad religiosa y de culto, libertad de investigación, opinión, expresión y difusión, protección a la honra, la reputación personal y la vida privada, de protección a la maternidad y a la infancia, de residencia y tránsito, inviolabilidad del domicilio, inviolabilidad y circulación de la correspondencia, preservación de la salud y al bienestar, a la educación, a la cultura, al trabajo..., etc.

Americana de Derechos y Deberes del Hombre. En realidad…se aplican por el hecho de que esta fue precedida por otra, la ya mencionada Unión Panamericana, que trabajó en la preparación de dicho instrumento"[19]. Sobre esto Pérez P. agrega que, "…el proceso evolutivo esbozado culminó en la Novena Conferencia efectuada en 1948 en Bogotá, con la estructura a que al principio hice mención: la Carta adoptada en dicha Asamblea refunde en un conjunto orgánico los elementos esenciales del sistema que regula las relaciones entre nuestros países"[20]. La vinculación jurídica de la Declaración Americana ha sido un tema muy discutido, en el sentido de que no fue señalado en la Carta de la OEA[21]. Sin embargo, la misma señala en su artículo 3; "l. Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo". En su artículo 16 agrega, "La jurisdicción de Estados en los límites del territorio nacional se ejerce igualmente sobre todos los habitantes, sean nacionales o extranjeros". En su artículo 45 deja claro, "Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condicional social, tiene derecho al bienestar material y desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica". Disposiciones que funcionan como instrumento de garantía y protección de los derechos humanos. De igual manera, el artículo 106 que crea la CIDH", señala la importancia de tal Declaración como instrumento de protección internacional de los derechos humanos: "…habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá como función principal, la de promover la observancia y al defensa de los derechos humanos y la de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia". En su correspondiente Estatuto[22], en su artículo 1, numeral 2 dice, "2. Para los fines del presente Estatuto, por derechos humanos se entiende: 1. Los derechos definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los Estados partes en la misma; 2. Los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en

[19] GONZÁLEZ MORALES, Felipe. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch Valencia, 2013, p.29.
[20] PÉREZ P, Santiago. *Síntesis del progreso evolutivo del sistema jurídico interamericano*, X Conferencia Interamericana, Secretaría general, Transmisión de la Radiodifusora Nacional de Venezuela, Caracas 11 de junio de 1952, p.17.
[21] La Carta de la OEA de 1948 ha sido modificada mediante Protocolos de Reformas en cuatro oportunidades: Buenos Aires, en 1967, Cartagena de Indias, en 1985, Washington, en 1992 y Managua, en 1993.
[22] Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado mediante la Resolución No. 447 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período ordinario de sesiones, en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

relación con los demás Estados miembros". Con la creación de CIDH, como organismo autónomo de protección de los derechos humanos, -instalada en 1979 y al CADH[23]-, conforma inicialmente el SIDH. Y, si nos remitimos al artículo 29 de la CADH conforme a normas de interpretación: "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: …d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza" y la posterior CorteIDH[24] no hubiera sido posible sin la vinculación a la Declaración Americana, sobre esto podemos agregar que: "la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, tiene la virtud de haber sido el primer instrumento internacional de su género que se aprobó. A pesar de que no fue adoptado en forma de Convención, en su último considerando señalo, "…que la Consagración Americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados establece 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 media que esas circunstancias vayan. Siendo más propicias[25].

La Declaración Americana tiene origen político y lucha social de las naciones latinoamericanas, con necesidad de reconocimiento de la solidaridad internacional y como instrumento normativo, siendo la base para la protección y respeto de los derechos humanos en el continente americano; "…viene a ser el puente normativo entre la Carta de la OEA y la Convención Americana"[26]. La evolución de declaración política a instrumento jurídico internacional le ha dado a la Declaración Americana un trasfondo de gran importancia, al poner un punto en común: los derechos no están sujetos a cambios políticos: " Estados Americanos quisieron hacer uso de este último para declarar su

[23] Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32). San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.
[24] La CorteIDH, es un tribunal internacional de derechos humanos de la OEA que goza de autonomía y que tiene su sede en San José de Costa Rica. Su propósito es aplicar e interpretar la CADH y otros tratados de derechos humanos del SIDH.
[24] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. interpretación de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre en el marco del artículo 64 de la CADH solicitada por el gobierno de la República de Colombia.
[25] Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1959-1984. *25 años luchando por los Derechos Humanos en América*, p. 6.
[26] BUERGENTHAL, Thomas. *La Relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos*, Revista Instituto Interamericano de DD. HH, 1989, p.111.

común entendimiento del significado de los derechos esenciales del hombre"[27]. A diferencia de la CADH, que no tiene una fuerza política, es un texto jurídico con fuerza vinculante, en donde su legitimidad nace de las obligaciones que cada Estado y tiene su raíz en las ratificaciones, en sus ordenamientos nacionales, en palabras de Buergenthal: "…en 1948, cuando los Estados Americanos decidieron crear la OEA y a la vez adoptaron la Declaración Americana, su intención no fue la de establecer por tratado un sistema regional para la protección de los derechos humanos. Los trabajos preparatorios dejan esto muy claro: Igual de claro, sin embargo, es el hecho de que los Estados compartían una misma interpretación de los derechos fundamentales como concepto"[28]. La Declaración Americana tiene su valor e importancia en ser el primer instrumento en el continente americano que consagra los derechos humanos, como derechos esenciales del hombre. Consta de un listado de derechos y pasados a cuerpos normativos, como la Carta de la OEA y la CADH, con responsabilidad por parte de los Estados. La Declaración Americana considera los derechos económicos, sociales y culturales, algunos de los cuales no están contenidos en la CADH. Sin embargo, la CADH, como documento normativo, pone límites a su ejercicio, que si están contenidos en la Declaración Americana. Esto lo podemos ver en el artículo 29 de la CADH, en el sentido de que reconoció que la Declaración Americana es fuente normativa de interpretación, aplicación e implementación de la propia CADH y se complementa con la misma, para esclarecer lagunas, sobre todo en materia jurisprudencial, es decir, se puede interpretar la Declaración Americana desde la CADH y viceversa, cuando en cada caso particular dichas interpretaciones sean necesarias. Nikken sostiene que la Declaración Universal y la Declaración Americana son base del derecho internacional de derechos humanos que tienen como base valores superiores. Las declaraciones internacionales son un conjunto de actos solemnes en las que los representantes de los Estados piden apoyo a sus valores y principios generales, pero no son aprobados o adoptados con los procedimientos y demás formalidades, no tienen la misma fuerza obligatoria que los tratados. Por su naturaleza jurídica las declaraciones manifiestan principios y valores con una vigencia duradera y permanente en el tiempo y con su adopción se entiende que la comunidad internacional respetará y garantizará su cumplimiento, formando parte del derecho internacional consuetudinario. La Declaración con el tiempo es obligatoria, ya que tiene

[27] *Ibidem.*, BUERGENTHAL, Thomas, p. 114.
[28] *Ibídem.*, BUERGENTHAL, Thomas, p. 113.

como base los principios generales de derecho que son fuente de derecho internacional y el punto inicial para la adopción de un tratado, sin embargo, no en todas las declaraciones es necesario un tratado para que por sí mismas tengan fuerza vinculante. Lo cierto es que, en los inicios de la Declaración Americana, el Comité Jurídico de dicha conferencia determinó que no tenía un derecho positivo convencional, lo que sería el principal obstáculo para una futura Corte de derechos humanos. Y se propuso la adopción de una convención en materia de derechos humanos, sin efecto vinculante, sobre todo si nos vamos a la voluntad de quienes la proclamaron, aprobada sin un procedimiento de tratado y con una clara intención que no constituía fuente de obligaciones. La importancia en el desarrollo de obligaciones jurídicas por violaciones a la Declaración Americana, se debió, en un principio, al funcionamiento de la CIDH, en el sentido de que desde el inicio de sus funciones -promovió el respeto y defensa de los derechos humanos-, pero para recibir y tramitar comunicaciones o denuncias sobre violaciones de derechos humanos proclamados por la Declaración Americana y las *visitas in loco* por invitación o anuencia de los Estados, las peticiones de información, y las resoluciones que se ha adoptado, en donde constan violaciones a los derechos humanos consagrados en la Declaración y sus recomendaciones a los Estados involucrados. Resoluciones en ocasiones remitidas a la Asamblea general de la OEA, puede decirse que en la actualidad tienen fuerza obligatoria que no tenia cuando fue adoptada. La Declaración Americana formó parte de la práctica consuetudinaria en la OEA y, sobre todo, que en el Protocolo de Reformas de la Carta de Buenos Aires[29], en su artículo 150 dice: "Mientras no entre en vigor la convención interamericana sobre derechos humanos a que se refiere el capítulo XVIII, la actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos velará por la observancia de tales derechos". Estamos de acuerdo con Nikken, este artículo indirectamente hizo parte de la Declaración en la Carta de la OEA[30].

En el caso de Baby Boy Vs. Estados Unidos de América[31], ante la CIDH, los peticionarios, solicitaban que se declare responsable a Estados Unidos por atentar contra

[29] Protocolo de Reformas a la Carta de la OEA (B-31). Protocolo de Buenos Aires, Suscrito en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, Buenos Aires, Argentina 27 de febrero de 1967.
[30] Cft. NIKKEN, Pedro. *La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno Derecho Internacional de los Derechos Humanos, En conmemoración del Cuadragésimo Aniversario de la Declaración Americana de Derechos Y deberes del Hombre,* Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Número Especial, San José, Costa Rica, mayo, 1989, p. 86.
[31] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Baby Boy Vs. Estados Unidos de América. Caso Nº 2141 Resolución Nº 23/81 6 de marzo de 1981.

la vida humana, entre otras violaciones a la Declaración Americana. El Estado sostuvo que no se violaron las disposiciones del derecho a la vida y aun en la hipótesis que la CADH, pudiera tomarse como base para la interpretación del caso, los escritores rechazaron cualquiera redacción; en este sentido nos dice; "14.a) hubiera extendido ese derecho a los que están por nacer. El proyecto sometido a ellos había sido preparado por el Comité Jurídico Interamericano. El artículo 1 de dicha redacción preliminar expresaba: Toda persona tiene derecho a la vida, inclusive los que están por nacer, así como también los incurables, dementes y débiles mentales. Novena Conferencia Internacional Americana, Actas y Documentos, Vol. V, p.449 (1948)". La Conferencia, sin embargo, adoptó una declaración del derecho a la vida, sin referencia a los que están por nacer y lo vinculó a la libertad y seguridad de la persona. Parecería entonces incorrecto interpretar que la Declaración incorpora la noción de que existe el derecho a la vida desde el momento de la concepción. Los signatarios enfrentaron la cuestión y decidieron no adoptar un lenguaje que hubiera claramente establecido ese principio". Los Estados Unidos argumentaron en el mismo apartado 4, númeral b, que tanto la CADH tenga la intención de complementar la Declaración Americana para el Estado, son dos instrumentos que, "…existente en planos jurídicos diferentes y deben analizarse separadamente" igualmente reconoce que está declaración fue aprobada unánimemente, votos en los cuales participó Estados Unidos, y simplemente constituye y "es un pronunciamiento sobre los derechos básicos", lo cierto es que para el Estado, la CADH no puede ser aplicada ya que los Estados Unidos no la ha firmado, y apoya su razón de ser en que la declaración que establece una responsabilidad de proteger la observancia de los derechos humanos en América, "…la especificidad de esos derechos, en comparación con los enumerados en la Declaración, señala la necesidad de que su observancia se emprenda por medio de un tratado. La vaguedad de los derechos descritos en la Declaración da una considerable laxitud de interpretación a la Comisión, pero dicha interpretación debe guardar congruencia con la intención de quienes adoptaron la Declaración. En casos particulares, la Convención puede o no proporcionar directivas precisas para definir los términos de la Declaración". Lo más interesante de los argumentos del Estado es en el apartado c) del mismo artículo, que reconoce que el derecho a la vida está reconocido en la CADH, en el sentido que: "…el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención describe el derecho a la vida en los siguientes términos: Toda persona tiene derecho a que se respete su vida, este derecho estará protegido por la ley y,

en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida. En la segunda sesión plenaria de la Conferencia de San José, las delegaciones de Estados Unidos y Brasil consignaron en acta la siguiente declaración: Estados Unidos y Brasil interpretan el texto del párrafo 1 del artículo 4 en el sentido de que deja a la discreción de los Estados Parte el contenido de la legislación a la luz de su propio desarrollo social, experiencia y factores similares". En este caso la CIDH señaló que la obligación de Estados Unidos como miembro de la OEA, está bajo su jurisdicción rigiéndose por la Carta de la OEA y con la fuerza vinculante de la Declaración Americana: "16. Como consecuencia… de este Tratado, las disposiciones de otros instrumentos y resoluciones de la OEA sobre derechos humanos adquieren fuerza obligatoria. De esos instrumentos y resoluciones los aprobados con el voto de Estados Unidos son: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948); Estatuto y Reglamento de la CIDH, 1960, enmendados por resolución XXII de la Segunda Conferencia Especial Interamericana (Río de Janeiro, 1965); Estatuto y Reglamento de la CIDH, 1979-80" y continúa señalando: "17… Para los fines de su estatuto, se entienden por derechos humanos los formulados en la Declaración Americana en relación con los Estados que no son Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos", concluyendo que a pesar que el artículo 1 de la Declaración Americana, sobre el derecho a la vida que: "18. Todo ser humano tiene derecho a la vida..." Los peticionarios admiten que la Declaración no elabora "cuándo comienza la vida", cuando el producto de la concepción se convierte en un ser humano. Sin embargo dan dos argumentos: a) Los trabajos preparatorios, la discusión del Proyecto de la Declaración durante la IX Conferencia Internacional de Estados Americanos en Bogotá en 1948, y el voto final demuestra que la intención de la conferencia fue proteger el derecho a la vida "desde el momento de la concepción". b) La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, promulgada para impulsar los altos fines de la Declaración y como un corolario de ella, da una definición del derecho a la vida en el artículo 4.1: "Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción".

La Declaración Americana se convirtió en una fuente de obligaciones internacionales para los Estados que no son parte de la CADH y con el tiempo adquirió fuerza vinculante con la entrada en vigor de la convención. La CIDH sostuvo, sobre la vinculación jurídica de la declaración, en una opinión consultiva solicitada por

Colombia[32], compareciendo en la audiencia los representantes de Costa Rica, en el numeral 10, "…la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, no se está en presencia de un tratado en el sentido establecido por el Derecho Internacional, de modo que el artículo 64 de la Convención Americana no faculta a la Corte Interamericana para interpretar la Declaración. Sin embargo, de ninguna manera podría menoscabar la posibilidad de que la Corte utilice la Declaración y los preceptos ahí incorporados para interpretar otros instrumentos jurídicos relacionados ni para considerar que muchos de los derechos ahí reconocidos sean elevados a la categoría indiscutible de costumbre internacional". Ejemplo seguido por Venezuela en el numeral 15: "…una declaración no constituye un tratado propiamente dicho puesto que aquélla carece del carácter jurídico normativo y se limita a una manifestación de deseos o de exhortaciones". Sin embargo, a diferencia de la CADH, no fue redactada como un instrumento jurídico y su valor normativo estriba en ser una declaración de principios básicos de carácter moral y político y para velar por el cumplimiento de los derechos humanos, no en un conjunto de obligaciones vinculantes. Lo cierto es que el uso de opciones consultivas se ha utilizado con bastante frecuencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, sin embargo, en el caso de esta opinión, se discutía el valor jurídico de la Declaración Americana, dentro del SIDH. Se reconoció, que tiene igual valor que la Declaración Universal de derechos humanos, ya que ambas tienen origen moral y político, no jurídico. Sin embargo, sí reconoce que constituye una fuente de obligaciones internacionales y que ninguna disposición de la Convención Americana de derechos humanos puede ir en contra de la Declaración Americana. En sus palabras; "…obliga a todos los Estados Miembros de la OEA a su cumplimiento, Siendo ello así, la Comisión Interamericana si puede pronunciarse sobre el respecto de los derechos recogidos en la Declaración y respecto cualquiera Estado Miembro de la OEA. Así lo hizo al pronunciarse contra Estados Unidos sobre Guantánamo"[33]. Sin embargo, representantes de Perú, dieron una perspectiva y valor a la Declaración "…que si bien antes de entrar en vigencia la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración podría ser tenida como instrumento sin mayores consecuencias jurídicas, la Convención Americana al conferirle

[32] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989 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 solicitada por el gobierno de la Republica de Colombia.

[33] QUISPE REMÓN, Florabel. *La protección de los derechos humanos en el sistema interamericano: su evolución y una visión actual,* Anuario Español de Derecho Internacional, Vol,32, 2016, p.232.

un carácter especial, en su artículo 29 que prohíbe toda interpretación que conduzca a "…excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza". Se ha dado a la Declaración una jerarquía similar a la que tiene la Convención para los Estados Partes, "…contribuyendo con ello a la promoción de los Derechos Humanos en nuestro Continente". Este mismo sentido fue señalado por la representación de Uruguay, "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". Para Quispe Remón, siguiendo este sentido dice, "Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la Declaración, si bien, el instrumento en que se insertó tenía naturaleza recomendatoria no convencional. Por no ser un tratado, hay que hacer constar que hoy, al igual que ha sucedido con la Declaración Universal de Derechos Humanos, su contenido refleja derechos humanos al alcancé general que crea obligaciones correlativas para los Estados de respetarlos y hacerlo garantizar. Por ello, hoy la Declaración no tiene solo efectos políticos como la primera piedra en la construcción del sistema interamericano de derechos humanos, sino también lo que cabría calificar de efecto jurídicos[34]". Sin embargo la CIDH estableció, "…el artículo 64.1 de la Convención Americana autoriza a la Corte para, a solicitud de un Estado Miembro de la OEA o, en lo que les compete, de uno de los órganos de la misma, rendir opiniones consultivas sobre interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el marco y dentro de los límites de su competencia en relación con la Carta y la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos". Y, sobre la falta de vinculación al no considerarse la declaración un tratado, la CIDH señalo "7. La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no se concluye que carezca de efectos jurídicos, ni que la Corte esté imposibilitada para interpretarla…". Sin embargo, a nivel constitucional, países como Argentina le han otorgado reconocimiento en su aplicación interna y en la complementación de las leyes locales. En el Capítulo 4 de su Constitución se consagran las Atribuciones del Congreso y el artículo 75.22 señala, "La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la

[34] *Ibídem.*, p. 312.

Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".

III. EL VALOR DE LA DECLARACIÓN AMERICANA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Dentro del SIDH uno de los mecanismos de protección que se interponen para denunciar las violaciones a los derechos humanos o a la dignidad de la persona es el procesamiento de peticiones individuales. En éste se revisan las denuncias de violaciones y abusos cometidos por el Estado suscrito a la CADH y al Pacto de San José. La CIDH tiene como finalidad promover la observancia y la defensa de los derechos en los países de América y puede realizar visitas para hacer informes sobre la situación de los derechos humanos y adoptar medidas cautelares o provisionales ante la CIDH. Pero, su función más importante, es recibir, procesar y analizar cualquier petición en contra de algún Estado que forme parte de la OEA, determinar la responsabilidad internacional por violaciones a derechos humanos y emitir recomendaciones. Estas peticiones individuales pueden ser presentadas ante la CIDH por cualquiera persona, grupo de personas u organizaciones y en la CADH, así como en otros tratados y acuerdos de derechos humanos. Esta denuncia puede ser presentada en contra de uno o varios Estados de la OEA. La CIDH no tiene competencia sobre la responsabilidad individual, no puede señalar si una persona denunciada es culpable, pero si puede determinar la responsabilidad internacional del Estado. La CIDH, después de evaluar cada caso en particular, lo envía a la CIDH, siempre y cuando el Estado haya aceptado su jurisdicción.

Lo interesante[35] es que puede darse el caso de que el Estado no haya ratificado la CADH, entonces la CIDH solo puede aplicar la Declaración Americana, por lo tanto, su papel fundamental es de aplicabilidad de derechos humanos ante sus violaciones. De igual manera en su estatuto la CIDH, artículo 20: "en relación con los Estados miembros de la Organización que no son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión tendrá, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, las siguientes: a. prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre". En palabras de Díaz Zúñiga: "…el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es un sistema dual que se rige por dos normas imperativas básicas y madre de todas las demás, pero que no son vinculantes para los mismos Estados del sistema. Las normas madre de la Organización, la Carta de fundación de la misma y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre son vinculantes para la totalidad de Estados que componen la Organización"[36]. De igual manera la CIDH puede y hace uso de la Declaración Americana, en menor medida, ya que la misma tiene como base su jurisdicción en la CADH y dicta sentencias solo en contra de Estados que, habiendo ratificado tal tratado violen alguno de los derechos consagrados. La CIDH, en el caso Suárez Rosero Vs. Ecuador[37] ha utilizado la Declaración Americana con efectos interpretativos, "70. El principio de "plazo razonable" al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente. En el presente caso, el primer acto del procedimiento lo constituye la aprehensión del señor Suárez Rosero el 23 de junio de 1992 y, por lo tanto, a partir de ese momento debe comenzar a considerarse el plazo". En palabras de Cortázar, "…está garantía ya estaba consagrada en el sistema interamericano en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, cuyo artículo XXV

[35] Los países que han ratificado la CADH son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. En relación con los demás Estados de la OEA, la CIDH tiene competencia para recibir peticiones en las cuales se alegan violaciones a la Declaración Americana u otro tratado interamericano de derechos humanos que haya sido ratificado por el Estado en cuestión.

[36] DÍAZ-BASTIEN VARGAS-ZÚÑIGA Ángela. *El acceso al sistema interamericano de Derechos Humanos*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Editorial Ubijus, Zaragoza, p.17

[37] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo).

dispone que todo individuo privado de libertad tiene derecho "a ser juzgado sin dilación injustificada". También se encuentra prescripta en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el "derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas" (artículo 14.3.c)"[38]. De igual manera en el caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica[39] la CorteIDH señalo, "150. Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a gozar de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana…" es decir, la Declaración Americana se utilizó de modo argumentativo en su sentencia.

En el caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam[40], los hechos ocurridos pasaron cuando en el Estado tenía vigencia únicamente la Declaración Americana y no la CADH, señaló, "63. El Tribunal afirma que, de conformidad con el artículo 62 de la Convención Americana, su competencia concierne a la interpretación y aplicación de las disposiciones de dicha Convención. En este sentido, aunque la Corte generalmente considera las disposiciones de la Declaración Americana en su interpretación de la Convención Americana, las conclusiones de la Comisión en relación con violaciones específicas de la Declaración Americana no se relacionan directamente con el trámite del caso ante este Tribunal. Por otra parte, las consideraciones de la Comisión respecto de presuntas violaciones de la Convención Americana no son de obligatorio acatamiento para la Corte". Sin embargo, en el caso de Bueno Alves Vs. Argentina[41] los peticionarios solicitaron que se declarara al Estado como responsable por las supuestas violaciones a los derechos consagrados en la Declaración Americana. Sobre esto la CIDH nos dice que, para los Estados miembros de la OEA, la Declaración Americana constituye con la Carta de la OEA una fuente de obligaciones internacionales aplicable al Estado argentino. Sin embargo en lo que se refiere a la implementación de la Declaración Americana, es necesario distinguir entre las competencias de la CIDH y la CIDH, teniendo esta última

[38] CORTÁZAR, M. G. *Las Garantías Judiciales. Análisis a partir de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Revista Prolegómenos. Derechos y Valores, 2012, p.71.
[39] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 28 de noviembre de 2012.
[40] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam, (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas), sentencia de 15 de junio de 2005.
[41] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de Bueno Alves Vs. Argentina, sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas).

competencias consultivas y contenciosas, "57. En lo referente a la Comisión, los artículos 1.2.b) y 20 de su Estatuto, el artículo 23 y el Capítulo III de su Reglamento definen la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración" De igual manera, le otorga valor a la Declaración Americana diferenciándola de los demás textos de derechos humanos cuando señala que: "58. En lo que respecta a la competencia consultiva de la Corte, ya fue establecido con anterioridad, la Carta de la Organización y la Convención Americana son tratados respecto de los cuales la Corte puede ejercer su competencia consultiva en virtud del artículo 64.1, ésta puede interpretar la Declaración Americana y emitir sobre ella una opinión consultiva en el marco y dentro de los límites de su competencia, cuando ello sea necesario al interpretarlos". Y culmina señalando, "59. Finalmente, respecto a su competencia contenciosa, …la Corte generalmente considera las disposiciones de la Declaración Americana en su interpretación de la Convención Americana", pero para los Estados Partes en la Convención, la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención. Sin embargo, hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29.d), no obstante que el instrumento principal que rige para los Estados Partes en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA". Y continúa: "60. En vista de lo anterior, la Corte considera que en el presente caso contencioso podrá utilizar la Declaración Americana, de considerarlo oportuno, en la interpretación de los artículos de la Convención Americana que la Comisión y la representante consideran violados".

En el caso de Argüelles y otros Vs. Argentina[42], la CIDH sobre la competencia contenciosa de la misma y el uso de la Declaración Americana dice: "37. ... "la Corte generalmente considera las disposiciones de la Declaración Americana en su interpretación de la Convención Americana", pero para los Estados Partes en la Convención la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención. Sin embargo, hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29.d), no obstante que el instrumento principal que rige para los Estados Partes en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que derivan de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA".

[42] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Argüelles y otros Vs. Argentina, sentencia de 20 de noviembre de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Pero lo importante de esta sentencia es que la CIDH puede hacer uso de la Declaración Americana cuando esta lo considere oportuno; "38. Por tanto, este Tribunal admite la excepción preliminar interpuesta por el Estado. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte considera que en el presente caso contencioso podrá utilizar la Declaración Americana, de considerarlo oportuno y de acuerdo a su fuerza vinculante, en la interpretación de los artículos de la Convención Americana que se consideran violados". En el caso Duque Vs. Colombia[43], en esta misma línea la CIDH señala que primero existe una relación directa entre el derecho a la vida, la integridad personal (física, moral, psíquica) y el derecho a la salud, señalado en el artículo XI de la Declaración Americana. En este caso se discutía sobre una pensión de sobrevivencia de una persona diagnosticada con VIH, lleva consigo una violación por parte del Estado al derecho a vivir una vida digna, discriminándola. Vulnerando el artículo 4, de la CADH: "1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente"; de igual manera en este caso la CorteIDH dejo establecido que: "172. La Declaración Americana establece en su Artículo XI que toda persona tiene el derecho "…a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a … la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad". Por su parte, el artículo 45 de la Carta de la OEA requiere que los Estados Miembros; "…dediquen sus máximos esfuerzos para el desarrollo de una política eficiente de seguridad social". En este sentido, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[44], establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como "…el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público".

En el caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador[45], el peticionario fue privado de su libertad por parte de la Policía Nacional por su presunta participación en un delito de secuestro. En el tiempo que duró su detención fue sometido a torturas que no fueron investigadas. Posteriormente fue condenado en un proceso judicial con irregularidades, permaneciendo en prisión durante 13 años. La CIDH emitió una sentencia mediante la

[43] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Duque Vs. Colombia, sentencia de 26 de febrero de 2016 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
[44] Ratificado por Colombia el 22 de octubre de 1997 y entrado en vigor el 16 de noviembre de 1999.
[45] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador, sentencia de 5 de octubre de 2015 (Fondo, Reparaciones y Costas).

cual declaró responsable al Estado de El Salvador por la violación del derecho a la integridad personal y estando prohibida la tortura, del derecho a la libertad personal, de la presunción de inocencia, del derecho a la defensa, a ser oído con las debidas garantías y el derecho a protección judicial. En el trámite del caso ante la CIDH el Estado de El Salvador realizó un reconocimiento de responsabilidad internacional que incluyó la aceptación total de los hechos. En este caso los peticionarios alegaban violaciones a la Declaración Americana; en su punto 29 de la sentencia dice, "…consiguiente, si bien corresponde a la Corte considerar las disposiciones de la Declaración Americana al ejercer su competencia contenciosa de interpretar y aplicar la Convención Americana, de acuerdo a lo que dispone el artículo 29.d) de la misma, lo cierto es que "…para los Estados Partes en la Convención la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención". Como lo ha indicado previamente este Tribunal, ello no implica que los Estados Partes de la Convención se liberen de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA. Sin embargo, en el presente caso la fuente concreta y primaria de las obligaciones internacionales del Estado es la Convención Americana. Aunado a lo anterior, es pertinente advertir que, si bien los representantes incluyeron la presunta violación de diversos artículos de la Declaración Americana, no formularon tales alegatos en virtud del artículo 29.d) de la Convención, sino que fueron invocados "en correspondencia" con los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana. Es decir, que no argumentaron que las disposiciones de la Convención que se alegan violadas en este caso conlleven "excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana". Con base en lo anterior la Corte considera que en el presente caso no corresponde pronunciarse sobre los artículos de la Declaración Americana que fueron invocados". Recordemos que el artículo 29 relativo a las normas de interpretación de la CADH dispone en lo pertinente que: "…ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

La CIDH aplicó el principio *pro homide* contenido en su opinión consultiva No.5 de 1985[46]. Este principio señala que, si se presenta un caso en que puede ser aplicable, tanto la CADH, así como otro tratado internacional debe aplicar las normas que beneficien a la persona. Sobre esto la opinión consultiva agrega, "44. d) de la Convención Americana prohíbe toda interpretación que conduzca a "excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre...", reconocida como parte del sistema normativo por los Estados Miembros de la OEA en el artículo 1.2 del Estatuto de la Comisión. El artículo XXVIII de la Declaración Americana, por su parte, dice lo siguiente, "…reconocida como parte del sistema normativo por los Estados Miembros de la OEA en el artículo 1.2 del Estatuto de la Comisión." En este sentido Amaya Villareal: "La aplicación del principio *pro homine* como norma de interpretación de los tratados de derechos humanos, es una garantía para la protección y promoción de los derechos protegidos en estos instrumentos"[47]. El artículo XXVIII de la Declaración Americana dice, "Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático. Las justas exigencias de la democracia deben, por consiguiente, orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están estrictamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas". La interpretación actual de la Declaración Americana es desde un punto de vista evolutivo, es decir que, se toma en cuenta el significado e interpretación actual; la CIDH ha hecho una aplicación interpretativo-evolutiva de la CADH. En este sentido tenemos "el principio *pro persona* implicar, *inter alia*, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de derechos y libertades fundamentales, lo que impide, además, que se utilicen otros instrumentos internacionales para restringir los derechos de la CADH"[48].

---

[46] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. La Colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por el gobierno de Costa Rica.

[47] AMAYA VILLAREAL, Álvaro Francisco. *El Principio pro homine: interpretación extensiva Vs. el consentimiento del Estado,* International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, núm. 5, junio, 2, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, Colombia 2005, p. 337-380. Visto el día 22 de noviembre de 2017.
Tomado de http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/14087375

[48] SAIZ ARNAIZ, Alejandro, SOLANES MULLOR, Joan, Jorge Ernesto, ROA ROA. *Diálogos Judiciales en el sistema interamericano de derecho humanos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 239.

En el caso Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala[49] la CIDH señalo, "192. Esta Corte ha dicho "…al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)" 34. De conformidad con esta postura, la Corte también ha afirmado que, a manera de interpretación autorizada, los Estados miembros han entendido que la Declaración Americana contiene y define derechos humanos esenciales a los que la Carta de la Organización se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar esta última en materia de derechos humanos, sin integrar normas pertinentes en ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración". La CIDH deja claro que, en materia de Derecho Internacional de Derechos Humanos, es importante la interpretación evolutiva de tales derechos. La misma sentencia agrega, "193. El Tribunal ha señalado anteriormente que esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Sobre el particular, esta Corte ha entendido que tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte … como la Corte Europea ... han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales". De igual manera, en este sentido el caso Masacre de Mapiripán Vs. Colombia[50] de la CorteIDH que establece, "107. Si bien la misma Convención Americana hace expresa referencia a las normas del Derecho Internacional general para su interpretación y aplicación, las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención constituyen en definitiva la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a la misma. Dicho instrumento constituye *lex specialis* en materia de responsabilidad estatal, en razón de su especial naturaleza de tratado internacional de derechos humanos *vis-á-vis,* el Derecho Internacional general. Por lo tanto, la atribución de responsabilidad internacional al Estado, así como los alcances y efectos del reconocimiento realizado en el presente caso, deben ser efectuados a la luz de la propia Convención".

[49] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre 1999.
[50] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia, sentencia de 15 septiembre de 2005.

IV. EL DERECHO A LA VIDA, SEGURIDAD E INTEGRIDAD PERSONAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú[51], la CIDH presentó la demanda con base en el artículo 51 de la CADH, con el fin de que la CorteIDH decidiera si el Estado violó los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal) y 19 (Derechos del Niño) por las presuntas detención, tortura y ejecución extrajudicial de los hermanos Paquiyauri. De igual manera, la CIDH solicitó a la CIDH que declarara la violación de los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Finalmente, la CIDH solicitó a la CIDH que ordenara al Estado que adoptara reparaciones pecuniarias y no pecuniarias, así como el pago de las costas generadas por la tramitación del caso en la jurisdicción interna y ante el SIDH. Los hechos se resumen en que, el 21 de junio de 1991 en medio de dos operativos policiales, los hermanos Paquiyauri, de 14 y 17 años fueron detenidos por la Policía Nacional e introducidos en el maletero de una automóvil policial[52]. Supuestamente fueron ejecutados durante el trayecto después de su detención y los cuerpos fueron ingresados a la morgue aproximadamente una hora después de su captura. Los tribunales peruanos impusieron una reparación civil a los autores materiales, la cual, a la fecha de la presentación de la demanda no había sido pagada a los familiares de las presuntas víctimas y a pesar de que los peticionarios solicitaron al Estado realizar un arreglo amistoso el mismo se negó[53]. De igual manera la familia Gómez Paquiyauri vivía en pleno hostigamiento, con injerencias en su domicilio y amenazas por agentes policiales. En este caso tuvo gran valor el peritaje en materia de tratamiento y prevención de la tortura, en el que se concluyó que durante las fechas en que se dieron los hechos, la tortura, -tal y como está definida en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y

[51] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas).
[52] Entre los años 1984 y 1993 se vivía en el Perú un conflicto entre grupos armados y fuerzas del Estado, en medio de una práctica sistemática de violaciones a los derechos humanos; como las ejecuciones extrajudiciales de personas sospechosas de terrorismo, realizadas por agentes estatales. En varias oportunidades, se decretaron estados de emergencia.
[53] En este caso, los tribunales peruanos investigaron los hechos y determinaron la responsabilidad individual de los autores materiales, mientras que el presunto autor intelectual fue identificado, pero se encontraba prófugo y no había sido juzgado ni sancionado.

otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas-, era practicada sistemáticamente en el país por fuerzas estatales y de forma intencional, no solo con la finalidad de ocasionar daño físico a las víctimas y sus familiares, sino daño psicológico, intimidación y para coaccionarlos. Y, se concluyó que, los hermanos sufrieron tortura antes de ser asesinados e inclusive sus familiares, durante sus interrogatorios fueron en diversas ocasiones intimidados, coaccionados, sufriendo tortura física y mental por los agentes estatales, "…el Estado es el responsable de hacer efectiva la prohibición de la tortura, y el hecho de cumplir órdenes de un superior no es excusa. Tanto la persona que obedece la orden y tortura, como la que da la orden, son responsables. A la vez, existe un deber de encausar penalmente y, eventualmente aplicar una pena a los torturadores".

La definición de tortura de conformidad con el artículo 1 de la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas[54] señala, "… se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas." Describe claramente qué actos pueden considerarse tortura, con una motivación y cometido por oficiales o policías. En caso de tortura los miembros de la familia más cercanos son considerados "víctimas secundarias", porque sufren consecuencias directas. Las autoridades persiguieron a la familia en lugar de ayudarla "…ninguno de los familiares recibió atención médica o psicológica adecuada…tratamientos de rehabilitación como víctimas de tortura". La Convención de Naciones Unidas contra la Tortura en su artículo 14 señala, "…todo Estado Parte velará que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y tendrá el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluida su rehabilitación. En caso de

[54] La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 y entró en vigor el 26 de junio de 1987.

muerte de la víctima por actos de tortura, las personas tendrán derecho a indemnización". Dicha reparación y rehabilitación de las víctimas constituye un deber de los Estados que conlleva una indemnización económica, rehabilitar su nombre, señalando que no eran terroristas y fueron culpados injustamente. Un punto interesante de la sentencia es que reconoce que, en caso de tortura la responsabilidad internacional del Estado se genera de inmediato, con el ilícito internacional a él atribuido, aunque sólo puede ser exigida después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo. Una reparación posterior llevada a cabo en el derecho interno no inhibe a la CIDH ni a la CIDH a conocer un caso que se ha iniciado bajo la CADH. Aunque el Estado investigue debidamente no se acepta por la CIDH declarar que el mismo no ha violado la CADH. La CIDH estableció que el derecho a la libertad personal señalado en el artículo 7 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 del mismo Tratado, que una detención es arbitraria e ilegal cuando es practicada por agentes estatales o públicos, al margen de las formalidades que establece la ley y cuando se desvían las facultades de detención, es decir, cuando se realiza con fines distintos a los establecidos y requeridos por la ley. Y, aunque haya sido decretado un Estado de excepción, que permita la detención de cualquier persona sin orden judicial y sin necesidad de flagrancia, la facultad de las autoridades de realizar una detención no es ilimitada. Toda persona privada de su libertad debe ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y presentada sin demora a la autoridad correspondiente y el Estado tiene la obligación de garantizar al detenido la interposición de un recurso judicial, para control y revisión judicial sobre la legalidad de la detención. La CIDH dictamino "82…que la protección de la libertad salvaguarda tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar de la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal". De igual manera, también señala que, "93. Por otra parte, el detenido tiene también derecho a notificar lo ocurrido a una tercera persona, por ejemplo, a un familiar o a un abogado". La CIDH estableció que, en este caso y en todos los referentes a prohibición de la tortura, es absoluta e inderogable, aún en guerra o amenaza de guerra, terrorismo, la declaración de Estado de sitio o de emergencia, suspensión de garantías constitucionales, etc. Y el régimen jurídico internacional reconoce la prohibición absoluta de toda forma de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día al dominio de *jus cogens*, que conforma el derecho internacional. De conformidad con el artículo 1.1 de la CADH el Estado tiene la

obligación de garantizar el derecho a la vida y debe prevenir sus violaciones e investigar y sancionar a los responsables, reparar a las víctimas o sus familiares, cuando los responsables hayan sido agentes del Estado. La CIDH estableció, "123. El artículo 4.1 de la Convención Americana establece que toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". De igual manera el punto 129 de la presente sentencia, deja claro que el cumplimiento del artículo 4 de la CADH, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, no solo establece que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que los Estados tomarán medidas para proteger y preservar la vida (obligación positiva). El artículo 7 de la CADH dispone, en sus numerales 1 al 5 que, "…toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios, toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella, toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio".

En otro caso similar la víctima (Cantoral Benavides)[55] fue objeto de violencia física y psicológica de parte de las autoridades policiales durante el período en el que permaneció detenida (sin orden judicial expedida por autoridad competente, en la que constaran los motivos de su detención y sin antecedentes penales[56]) e incomunicada, por motivos decretados en Estado de excepción[57]. Por ser un presunto terrorista en Perú, presentado a los medios de comunicación con "traje de preso", sin ser juzgado como

[55] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cantoral Benavides Vs. Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000 (Fondo).
[56] Llegaron a la casa para detener a José Cantoral Benavides, hermano de Luis Cantoral Benavides, pero, al no encontrar al primero, detuvieron al segundo. El hermano mellizo de Luis Alberto Cantoral Benavides, acompañó voluntariamente a su hermano a las instalaciones de la policía y fue posteriormente detenido y condenado a veinticinco años de prisión.
[57] Al momento de la detención estaba vigente, un Estado de emergencia y suspensión de garantías constitucionales entre estás: inviolabilidad de domicilio, libertad de tránsito, libertad de reunión y detención con orden judicial, etc.

terrorista, (delito por el cual mas tarde fue declarado inocente[58] y señalado miembro de Partido Comunista Sendero Luminoso) y delito de traición a la patria, cuando aún no había sido legalmente procesado ni condenado[59]. Los tratos crueles, inhumanos y degradantes por parte de las autoridades peruanas realizados a la víctima y a su madre. El hermano de Luis Cantoral Benavides fue sometido a torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes por el Estado peruano. En consecuencia, la CIDH pidió a la CIDH que declarara violación del artículo 5.1 y 5.2 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 de la misma[60]. Fue declarado culpable por delito de terrorismo y su abogado no tuvo acceso a su expediente hasta el día antes de la audiencia, no se le permitió entrevistarse libremente y en privado con su defendido. Se le concedieron sólo quince minutos para su defensa oral y algunas de las actuaciones del proceso penal militar no le fueron notificadas ni al abogado defensor ni al peticionario. Tuvo dificultades para acceder a la prueba y controvertirla, las audiencias se realizaban en establecimientos militares o penitenciarios, sin acceso al público. Mientras que la violación del artículo 5 de la CADH, la CIDH señaló que la víctima fue objeto de violencia física y psicológica de parte de las autoridades policiales durante el período en el cual permaneció detenido e incomunicado para obtener su autoinculpación. En el caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala[61] se señaló: "89. La Corte ha indicado que la tortura está estrictamente prohibida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición de la tortura es absoluta e inderogable, aún en circunstancias difíciles como guerra, amenaza de guerra, terrorismo, estado de sitio o emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras calamidades públicas". De igual en el caso Suárez Rosero Vs. Ecuador[62] , se establecía que; "90. una de las razones por las que la incomunicación es un instrumento excepcional, es por los graves efectos que tiene

[58] Fue mantenido preso a pesar de que la sentencia de 11 de agosto de 1993, que tenía carácter de cosa juzgada, ordenó liberarlo. Ello ocurrió así porque se dio trámite a un recurso de revisión ilegal.
[59] Se alegó que la víctima, fue sometida a incomunicación arbitraria y las condiciones carcelarias -vendado, esposado con las manos en la espalda, obligado a permanecer de pie, golpeado en varias partes del cuerpo. Igualmente, el hermano de la víctima fue tirado al suelo, golpeado, interrogado y amenazado con ser torturado físicamente. También estuvo recluido junto con animales y dos días después de su detención en las instalaciones de la policía, fue visitado por un médico quien no lo examinó minuciosamente.
[60] El peticionario fue mantenido incomunicado durante varias semanas y quince días después de su detención tuvo acceso a un abogado. No se podía interponer recurso de habeas corpus por los delitos de traición a la patria y terrorismo. A partir de 25 de noviembre de 1993, con la Ley No. 26.248 se permitió la interposición del recurso de habeas corpus para dichos delitos.
[61] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala, sentencia de 27 de noviembre de 2003. (Fondo, Reparaciones y Costas).
[62] Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo).

sobre el detenido, como sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles". En el caso de Cantoral Benavides la CIDH establece que fue mantenido durante un año bajo aislamiento, visitas restringidas y atención médica deficiente. En este sentido dice: "89. Esta Corte ha dejado establecida, la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con traje infamante en los medios de comunicación, aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural… restricciones al régimen de visitas…constituyen tratos crueles, inhumanos o degradantes en sentido del artículo 5.2 de la Convención Americana". Agrega: "89. La Corte ha reiterado, "una persona ilegalmente detenida se encuentra en situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad".

CONCLUSIÓN

La Declaración Americana constituye el primer instrumento de protección internacional de derechos humanos en el continente americano. Su nacimiento como catálogo de derechos y deberes constituye una verdadera fuente de derecho internacional, con carácter obligatorio y con responsabilidad por sus violaciones. La importancia actual de la Declaración Americana no es solo que permitió la creación del sistema interamericano de protección de derechos humanos, sino que su aplicabilidad fue permitida por la valiosa interpretación que se ha dado tanto por la CIDH y la CIDH. Son incontables las sentencias y opiniones consultivas que se han producido en el sistema interamericano y sobre todo el valor en su aplicabilidad para los miembros de la OEA, convirtiendo a la Declaración Americana no solo en un mecanismo complementario y necesario tanto para la Carta de la OEA, así como también para el CADH y el Estatuto de la CorteIDH, entre otros tratados e instrumentos a nivel internacional, no hubieran sido posible sin la Declaración Americana. Sus creadores no imaginaban que un instrumento que nació sin fuerza jurídica tuviera la fuerza necesaria para reconocer responsabilidad y obligaciones a Estados violatorios de derechos humanos. Hoy la Declaración Americana tiene aún más valor, ya que sin ella no sería posible la protección y defensa de los derechos humanos en América. La Declaración Americana consagra los derechos civiles y

políticos, en conjunto con los derechos económicos, sociales y culturales en el continente americano y hoy por hoy sigue siendo un instrumento necesario en su cumplimiento.

BIBLIOGRAFÍA

1. AMAYA VILLAREAL, Álvaro Francisco. *El Principio pro homine: interpretación extensiva Vs. el consentimiento del Estado.* International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, núm. 5, junio, 2 Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, Colombia 2005.

2. BUERGENTHAL, Thomas. *La Relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos*, Revista Instituto Interamericano de DD. HH, 1989.

3. CORTÁZAR, M. G. *Las Garantías Judiciales. Análisis a partir de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Revista Prolegómenos. Derechos y Valores, 2012.

4. DE LA REZA, Germán A. *El Congreso de Panamá de 1826 y otros ensayos de integración latinoamericana en el siglo XIX*, Estudios y Fuentes documentales Anotadas, Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco, División de Ciencias Sociales y Humanidades, Coordinación de Difusión y Publicaciones, México, 2006.

5. DÍAZ-BASTIEN VARGAS-ZÚÑIGA, Ángela. *El acceso al sistema interamericano de Derechos Humanos*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Editorial Ubijus, Zaragoza.

6. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano*, actualizado a febrero de 2012 (CIDH, San José, 2012).

7. GONZÁLEZ MORALES, Felipe. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch Valencia, 2013.

8. Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales. *El Sistema interamericano, Estudio sobre su desarrollo y fortalecimiento*, Ediciones del Centro de Estudios Hispanoamericanos del Instituto de Cultura Hispánica, Madrid.

9. MENESES, Emilio, TAGLE, Jorge, GUEVARA, Tulio. *La política exterior chilena del siglo XX, a través de los mensajes presidenciales y las conferencias panamericanas hasta la segunda guerra mundial*, Evolución de la Posición de Chile en el Sistema Internacional durante el siglo XX 1982.

10. MORENO PINTO, Ismael. *Origen y Evolución del Sistema Interamericano*, Colección del Archivo Histórico Diplomático Mexicano, Secretaria de Relaciones Exteriores, Tlatelolco, México, D, F, 1977.

11. NIKKEN, Pedro. *Sobre el concepto de Derechos Humanos*, Serie: Estudios básicos de derechos humanos, Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1994.

12. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos Humanos*, Diccionario Crítico de los Derechos Humanos, por ALARCÓN CABRERA, Carlos, Juan Jesús, MORA MOLINA, Ramón Luis, SORIANO DÍAZ, España, 2000.

13. PÉREZ P, Santiago, *Síntesis del progreso evolutivo del sistema jurídico interamericano*, X Conferencia Interamericana, Secretaría general, Transmisión de la radiodifusora nacional de Venezuela, Caracas, 11 de junio de 1952.

14. PIERINI, Alicia, KUNUSCH, Leandro y GRECO, Martiniano. *Introducción al Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y procedimiento ante sus órganos de tutela*, Buenos Aires Universidad Nacional de La Plata, 2018.

15. QUISPE REMÓN, Florabel. *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*. Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

16. QUISPE REMÓN, Florabel. *La protección de los derechos humanos en el sistema interamericano: su evolución y una visión actual.* Anuario Español de Derecho Internacional, Vol,32, 2016.

17. SALVIOLI, Fabián. "*El aporte de la Declaración Americana de 1948 para la protección internacional de los derechos humanos".* En El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del Siglo XXI", T. I; Edit. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2001.

18. SAIZ ARNAIZ, Alejandro, SOLANES MULLOR, Joan, Jorge Ernesto, ROA ROA. *Diálogos Judiciales en el sistema interamericano de derecho humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

19. Coloquio sobre la Declaración a 70 años de su vigencia que fue organizado por la Coordinación de Derechos Humanos, Igualdad de Género y Asuntos Internacionales del Consejo de la Judicatura Federal. Participó el jurista Sergio García Ramírez en la mesa de análisis "*Los influjos de la Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre en la región a 70 años*", México, 2018.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. La Colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por el gobierno de Costa Rica.

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989 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 solicitada por el gobierno de la Republica de Colombia.

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Interpretación de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre en el marco del artículo 64 de la CADH solicitada por el gobierno de la República de Colombia.

4. Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo).

5. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre 1999.

6. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cantoral Benavides Vs. Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000 (Fondo).

7. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala, sentencia de 27 de noviembre de 2003. (Fondo, Reparaciones y Costas).

8. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas).

9. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam, sentencia de 15 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas).

10. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia, sentencia de 15 septiembre de 2005.

11. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de Bueno Alves Vs. Argentina, sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas).

12. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 28 de noviembre de 2012.

13. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Argüelles y otros Vs. Argentina, sentencia de 20 de noviembre de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

14. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Duque Vs. Colombia, sentencia de 26 de febrero de 2016 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

15. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador, sentencia de 5 de octubre de 2015 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Baby Boy Vs. Estados Unidos de América. Caso Nº 2141 Resolución Nº 23/81 6 de marzo de 1981.

Instrumentos Internacionales

1. El Pacto de Bogotá o Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, suscrito el 30 de abril de 1948.

2. La Carta de la Organización de los Estados Americanos. Fue firmada en la IX Conferencia Internacional Americana del 30 de abril de 1948, celebrada en Bogotá. Entrando en vigencia el 13 de diciembre de 1951.

3. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada por la IX Conferencia internacional americana, realizada en Bogotá en 1948.

4. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París.

5. Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (B-31). Protocolo de Buenos Aires, Suscrito en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, Buenos Aires, Argentina 27 de febrero de 1967.

6. Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32). San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

7. Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado mediante la Resolución No. 447 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

8. La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes es uno de los principales tratados internacionales en materia de derechos humanos contra la tortura. Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 y entró en vigor el 26 de junio de 1987.

Revista Electrónica Iberoamericana ISSN: 1988 - 0618
http://www.urjc.es/ceib/ Vol. 13, Edición Especial, 2019

LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ Y EL DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY

THE BOGOTA DECLARATION AND THE RIGHT TO EQUALITY BEFORE THE LAW.

Marta Sosa Navarro

Universidad Carlos III, España

RESUMEN

El presente artículo se centra en un análisis del principio de igualdad ante le ley en el Sistema Interamericana de Derechos Humanos con motivo del 70 aniversario de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Así, el primero de los dos apartados que componen el trabajo se concentra en examinar el valor jurídico actual del citado instrumento. A tal fin, se realiza una interpretación conjunta de los pronunciamientos de los órganos que forman el citado sistema regional (la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos) y de las distintas posiciones doctrinales al respecto. La segunda parte del artículo se adentra en la definición del principio de igualdad ante la ley en el Sistema Interamericano. Parte así de un análisis teórico para abordar progresivamente su contenido concreto y actual a través del estudio de la jurisprudencia y las opiniones consultivas dictadas en este ámbito.

PALABRAS CLAVE: Declaración de Bogotá – principio de igualdad ante la ley - discriminación - *ius cogens*- Corte Interamericana de Derechos Humanos – Comisión Interamericana de Derechos Humanos – Convención Americana de Derechos Humanos.

ABSTRACT

In occasion of the 70th anniversary of the American Declaration of the Rights and Duties of Man, this article concentrates on the analysis of the principle of equality before the law. Hence, the first of the two sections which compose this work examines the legal value of the cited instrument. To this end, a joint interpretation of the organs (Inter-American Court and Commission of Human Rights) that comprise the Inter-American System of Human Rights and the scholar positions in this respect will be carried out. The second section addresses the definition of the principle of equality before the law within

the aforementioned regional system. It thus starts off from a theoretical analysis and progressively addresses its specific and contemporary content through the interpretation of the existing case-law and the advisory opinions issued in this context.

KEYWORDS: Bogotá Declaration – Principles of equality before the law - discrimination - *ius cogens* - Inter-American Court of Human Rights – Inter-American Commission of Human Rights – American Convention on Human Rights.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. EL VALOR JURÍDICO DE LA DECLARACIÓN: ¿INSTRUMENTO INSPIRADOR O FUENTE *ULTIMA RATIO*? II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO. CONCLUSIONES.

* * *

INTRODUCCIÓN

La Declaración de Bogotá, que este año celebra su 70 aniversario, reconoce el principio de igualdad ante la ley en su artículo 2: "Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna".

El carácter fundacional de la Declaración en tanto que cimiento del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos es incuestionable, si bien la naturaleza jurídica de este instrumento sigue siendo objeto de debate. La Corte Interamericana, órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, ha aludido en repetidas ocasiones al valor de la misma, que sin ser un tratado "es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados Miembros de la OEA[1]".

La primera parte del presente artículo abordará los elementos y posiciones principales en este debate y se analizará el modo en el que los distintos pronunciamientos de los órganos e instituciones que conforman el Sistema Interamericano han ido perfilando y

[1] CIDH, opinión consultiva sobre la 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, OC-10/89, del 14 de julio de 1989, párrafo 42.

actualizando el valor jurídico de un instrumento que nace, tras la Segunda Guerra Mundial, con la finalidad de garantizar el pleno goce de los derechos de todos los individuos de la región.

En lo que concierne al principio de igualdad ante la ley, el carácter dinámico y la evolución social en materia de igualdad ha permitido que en los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte" o "CIDH") y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la "Comisión Interamericana") podamos encontrar una rica jurisprudencia que ha ido dotando de contenido concreto a un principio cuya positivación en la Declaración adolecía quizás de vaguedad en tanto que el mismo había quedado recogido en términos muy generales. En lo que concierne al aspecto jurisdiccional que afecta a la protección y garantía de este principio, si se acepta el rango de *ius cogens* que tanto la Corte como una parte de la doctrina[2] han otorgado reiteradamente al derecho de igualdad y no discriminación, en virtud de las normas de Derecho Internacional general, los Estados estarían obligados a respetar y garantizar el mismo, con independencia de la ratificación de cualquier instrumento de Derechos Humanos.

En este contexto regional, el contenido concreto del principio de igualdad, así como el alcance y los límites de nociones complejas como la discriminación por motivos económicos o por orientación sexual se han ido definiendo progresivamente a través de las distintas opiniones consultivas y sentencias de la Comisión Interamericana y de la Corte. Si bien es cierto que la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) representa, en la mayor parte de los casos el documento de referencia, en los citados pronunciamientos no faltan, como veremos en el segundo apartado, referencias a la Declaración como instrumento interpretativo del contenido del derecho a la igualdad. Ello resalta el valor y la vigencia de un documento que, a pesar de haber sido engendrado hace siete décadas, ha logrado mantener por un lado, su papel como fuente inspiradora sistema de protección de los Derechos Humanos y por otro, actuar como fuente del derecho en su interpretación y aplicación concreta.

[2] Otras posturas incluyen la consideración del derecho a la igualdad y no discriminación como parte de la costumbre internacional. Véase Moeckli, D., "Equality and Non Discrimination", en Daniel Moeckli et al., coords., International Human Rights Law. Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 194, citado en Pérez, E.J., "La igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Comisión Nacional de los Derecho Humanos, Méjico, 2016, p. 22.

I. EL VALOR JURÍDICO DE LA DECLARACIÓN: ¿INSTRUMENTO INSPIRADOR O FUENTE *ULTIMA RATIO*?

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, también conocida como la Declaración de Bogotá, se adopta en 1948[3], unos meses antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y como ella, nace con un gran valor moral y político, pero no jurídico. Ambos instrumentos surgen tras la Segunda Guerra Mundial, durante el llamado auge de la humanización del derecho internacional cuya transformación principal consiste en que los derechos de las personas dejan de ser competencia exclusiva de los Estados para pasar a estar protegidos a nivel internacional y regional.

Si bien nace como manifiesto político, los autores que han abogado por su efecto normativo se han apoyado precisamente en su reconocimiento como tal en algunas disposiciones de la CADH. En este sentido, cabe traer a colación la posición del juez de la Corte Interamericana, Thomas Buerghental, que, en referencia al artículo 29.d. de la CADH[4], ha afirmado que "al declarar que la Convención no deberá interpretarse en el sentido de "excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre…", la Convención acepta, cuanto menos, que la Declaración puede tener un efecto normativo[5]". Otros autores como Pedro Nikken sostienen que el carácter de instrumento jurídico obligatorio de la Declaración puede defenderse desde dos perspectivas: por un lado, se trata de un instrumento que ha quedado incorporado a la Carta de la OEA y por otro, reúne todas las características señaladas por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia para ser considerada una práctica consuetudinaria[6].

---

[3] Para un recorrido histórico de los pasos que precedieron la adopción de este instrumento, véase Quispe Remón, F., "La protección internacional de los derechos humanos en el sistema interamericano: su evolución y una visión actual", *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 32, 2016, p. 225-258, p. 226, nota al pie 1.

[4] Artículo 29.d. de la CADH: "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (…) d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

[5] Buerghental, T., "La relación conceptual y normativa entre la Declaración americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Número Especial, pp. 111-119, p. 116.

[6] Conf. Nikken, Pedro: "El derecho internacional de los derechos humanos, su desarrollo progresivo", Edit.Cívitas, Madrid, España, 1987, citado en Omar Salvioli, F., "El aporte de la Declaración Americana

Cuando hablamos de la Declaración, hemos de tener en cuenta que se trata de un instrumento en constante evolución, cuyo valor jurídico debe inferirse de una interpretación contextualizada y cambiante, tal y como ha manifestado la propia Corte: "(…) no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana 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[7]". En este sentido, es importante subrayar que la Asamblea General de los Estados Americanos ha reconocido reiteradamente a través de diversas resoluciones que la Declaración es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados Miembros de la OEA[8]. Los dos órganos de protección de los derechos humanos del Sistema Interamericano, creados por la CADH, se han pronunciado en la misma línea. Así, en una de sus primeras Opiniones Consultivas (OC 10/89), la CIDH reconoció expresamente que "para los Estados Miembros de la Organización (…) la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales[9]". Además, ha subrayado este tribunal que "para los Estados Partes en la Convención la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención", aunque "no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA[10]". En este mismo pronunciamiento la Corte, en alusión a las normas de interpretación de la propia Convención Americana, ha reconocido también que "al interpretar la Convención en uso de su competencia consultiva, puede ser necesario para la Corte interpretar la Declaración[11]". Se trata sin embargo de un reconocimiento que afecta solo a la actividad consultiva y no contenciosa, y por ende vinculante, de la Corte.

---

de 1948 para la protección internacional de los derechos humanos", Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Número Especial, p. 13.

[7] CIDH, Opinión consultiva 10/89 de 14 de julio de 1989, párr. 37.

[8] En la resolución 371(VIII-0/78) del 1 de julio de 1978, la Asamblea General reafirmó "su compromiso de promover el cumplimiento de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" y en la resolución 370 (VIII-0/78) del 1 de julio de 1978, se refirió a los "compromisos internacionales" de respetar los derechos del hombre "reconocidos por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" por un Estado Miembro de la Organización.

[9] CIDH, Opinión consultiva 10/89 de 14 de julio de 1989, solicitada por el gobierno de Colombia. 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, párr. 45.

[10] *Id.*, párr. 46.

[11] *Id.*, párr. 36.

Conviene subrayar que la competencia consultiva de la CIDH es de especial importancia si se tienen en cuenta las limitaciones que afectan al ejercicio de la competencia contenciosa por parte de este órgano jurisdiccional regional. Por un lado, conviene recordar que de los 35 Estados que forman parte de la OEA, solo 25 han ratificado la Convención y de esos 25, solo 22 ha asumido la competencia contenciosa de la Corte por lo que, tal y como denuncia Quispe "la Corte solo puede conocer de presuntas violaciones a los derechos humanos cometidos por estos veinte Estados que voluntariamente aceptaron dicha competencia[12]". En este contexto, el valor interpretativo de la Declaración, en tanto que instrumento que genera obligaciones para todos los Estados con independencia de su firma, se convierte en una pieza clave a la que tanto la Comisión como la Corte pueden acudir para ejercer su competencia consultiva en los casos en los que por falta de ratificación o de reconocimiento de competencia, tengan las manos atadas para actuar de otra manera ante violaciones de los derechos humanos.

Por su parte, la Comisión Interamericana ha hecho uso de la competencia que se le reconoce en virtud de la cual "puede pronunciarse sobre el respeto de los derechos recogidos en la Declaración respecto de cualquier Estado Miembro de la OEA[13]". Así lo hizo en el caso Guantánamo, en el que dictaminó la responsabilidad de los Estados Unidos por no cumplir con las medidas cautelares dictadas por la propia Comisión a favor de los 254 detenidos por Estados Unidos en ese momento en su Base Naval de la Bahía de Guantánamo, incumplimiento que habría "ocasionado un daño irreparable a los derechos fundamentales de los detenidos en la Bahía de Guantánamo[14]". Es posible hallar otro ejemplo de alusión a la Declaración Americana por parte de la Comisión en un asunto contra los Estados Unidos por la aplicación de la pena de muerte a individuos que habían cometido el delito siendo menores de edad. En el asunto en cuestión, el órgano consultivo resolvió que el "(…) el gobierno de los Estados Unidos violó el Artículo I (Derecho a la Vida) de la Declaración Americana al ejecutar a James Terry Roach y a Jay Pinkerton …[15]". En ambos casos, la Comisión se pronunció acerca de la responsabilidad de un Estado que ni ha firmado ni ha ratificado la Convención y que por supuesto no ha asumido

[12] Quispe Remón, F., "La protección internacional…*op cit.*, p. 229.
[13] *Id.*, p. 232.
[14] Comisión Interamericana para los Derechos Humanos, Resolución No. 2/11 Sobre la Situación de los Detenidos de la Bahía de Guantánamo, Estados Unidos. Medidas Cautelares 259-02, 22 de julio de 2011.
[15] Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Caso 9647; CIDH Resolución 3/87, "Informe Anual 1986/87", OEA. Ser L.V.II.71, Doc. 9, párr. 64; Washington D.C. 1987.

la competencia contenciosa de la Corte[16]. Del mismo modo, en algunas situaciones en las que se han identificado daños sufridos por la víctima como consecuencia de la violación de derechos reconocidos por parte de Estados que no han ratificado la Convención, la Comisión, apoyándose en la Declaración, ha recomendado que se otorgue una indemnización a las víctimas[17]. Lo anterior no ha impedido sin embargo que la Comisión se pronuncie sobre el respeto de la Declaración por parte de Estados que sí han ratificado la Convención Americana[18].

En el contexto internacional actual y ante el riesgo de algunos Estados como Venezuela de desvincularse del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos[19], el papel de la Comisión adquiere una importancia crucial ya que en estas situaciones "la Comisión (..) tendrá competencia para seguir protegiendo derechos y garantías como miembro de la OEA, en mérito a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Carta de la OEA[20]".

Sin perjuicio de la necesidad tanto teórica como práctica de dilucidar el rol que cada uno de los instrumentos que componen un sistema regional de protección de derechos tiene asignado dentro del mismo de cara a identificar el alcance y el contenido

[16] Quispe Remón, F., "La protección…., *op cit*., p. 232.

[17] Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Caso 10.675, CIDH, Informe 51/96 (13 de marzo de 1997), en "Informe Anual 1996", págs. 358 y 359; y Caso 11.436 Víctimas del barco remolcador "13 de marzo" vs. Cuba, Informe 47/96 (16 de octubre de 1996) págs. 160 y 161; Edit. Secretaría General de la OEA, Washington D.C. 1997.

[18] Véanse, entre otros, los siguientes casos: Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Caso 11.671, CIDH Informe 8/98 Carlos García Saccone (Argentina) en: "Informe Anual 1997", págs. 207/08, Washington, Estados Unidos, 1998. En este caso la Comisión subrayó la necesidad de verificar que el Estado de Argentina no hubiera violado algunas disposiciones de la Declaración; Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Caso 11.287, CIDH Informe 24/98 Joao Canuto de Oliveira (Brasil) en: "Informe Anual 1997", pág. 403, Washington, Estados Unidos, 1998. En este caso, la Comisión considera responsable al Estado de Brasil por la violación de derechos contenidos en los artículos I y XVIII de la Declaración.

[19] Venezuela, como respuesta a las sentencias emitidas por la CIDH por violaciones de derechos humanos perpetradas en el país, se retiró de la Convención el 10 de septiembre de 2012, haciéndose el mismo efectivo un año más tarde. El argumento utilizado fue la vulneración de la soberanía nacional y la inobservancia del respeto del derecho de autodeterminación de los pueblos por parte de la Corte. Véase aquí el texto de la denuncia. Anteriormente, solo un Estado (Trinidad y Tobago) se había retirado de la Convención en 1998, a raíz del caso Pratt y Morgan vs. Fiscal General de Jamaica (1994), que puso de manifiesto que la Comisión Interamericana no estaba en condiciones de garantizar que la audiencia y determinación de apelaciones ante esta instancia en los casos de personas condenadas a muerte tuvieran lugar dentro de un plazo determinado. El incumplimiento de los plazos fijados por el Comité Judicial del Consejo Privado ponía en riesgo la efectiva aplicación de las penas capitales en tanto que una demora excesiva violaría la propia Constitución. Ante esta situación y según la denuncia presentada por el Estado en cuestión, Trinidad y Tobago decidió abandonar la Convención. Textos de las denuncias disponibles aquí: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Trinidad%20y%20Tobago:

[20] Id., p. 256.

de los derechos en ellos reconocidos, estamos aquí ante una situación particular. El principio que nos ocupa (igualdad ante la ley) goza de una posición privilegiada en tanto que existe un consenso general acerca de que ha entrado a formar parte del *ius cogens* y por ende, la obligación de respetarlo no solo no está vinculada a la firma de instrumentos convencionales regionales, sino que tiene un alcance *erga omnes*, estando su protección amparada por el derecho internacional de protección de los derechos humanos.

Como veremos a lo largo del siguiente epígrafe, a través de pronunciamientos de los órganos creados por la Convención Americana (sentencias y opiniones consultivas de Corte y Comisión) se le ha ido dando forma a un principio que, si bien aparecía ya reconocido en la Declaración en el año 1948, ha tenido que adaptarse a las exigencias sociales de los nuevos tiempos con la finalidad de mantener vivo, dinámico y efectivo el reconocimiento de un derecho tan histórico como cambiante.

II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO.

II.1. Concepto.

El principio de igualdad ante la ley puede ser definido, de manera muy simplificada, como la exigencia de que todos los ciudadanos se hallen sometidos a las mismas normas y a los mismos tribunales. Definición que, partiendo del requisito de generalidad que debe permear este concepto, debe a su vez ser matizada por la exigencia de equiparación (trato igual de circunstancias o de situaciones no coincidentes cuyas diferencias no deben ser tenidas en cuenta en tanto que irrelevantes para el disfrute de los derechos o para la aplicación de una determinada norma), y por la exigencia de diferenciación, que permite distinguir la igualdad de la identidad en el trato en aras de evitar una aplicación uniforme de la ley que desemboque en la generación de desigualdades reales.

Las raíces históricas del principio de igualdad ante la ley se sitúan en la antigua Grecia[21], y autores como Peces Barba lo identifican como "una dimensión del valor

[21] Para un recorrido histórico del principio de igualdad ante la ley desde la llamada *isonomía* griega a su cristalización en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, véase Pérez Luño,

seguridad jurídica" que "pretende crear ámbitos de certeza y de saber a qué atenerse[22]". Para algunos, la igualdad ante la ley comprende dos vertientes fundamentales: la igualdad *en la* ley y la igualdad *en la aplicación* de la ley. La primera representa un límite frente al legislador que impide que el mismo configure la norma de modo tal que se trate de manera distinta a personas que estén, desde todos los puntos de vista relevantes, en la misma situación. La segunda, en palabras del Tribunal Constitucional español "impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable[23]". En este sentido, Pérez Luño identifica las dos dimensiones del principio de igualdad ante la ley precisamente con las dos exigencias básicas de la seguridad jurídica, a la vez que considera que la misma "es un valor estrechamente ligado al Estado de derecho que se concreta en exigencias objetivas de: corrección estructural (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación)[24]".

De lo que no cabe duda es de que, más allá del contexto histórico en el que surge como principio sobre el que se construye el Estado de Derecho, la igualdad ante la ley es un concepto dinámico que ha ido cambiando y debe cambiar para adaptarse a las exigencias sociales de las distintas épocas. Su contenido exacto, como veremos en el siguiente epígrafe, se ha venido perfilando a través de los pronunciamientos jurisprudenciales tanto de los tribunales constitucionales de los Estados como de los órganos jurisdiccionales de los sistemas regionales e internacionales de protección de los derechos humanos.

A.E., "Igualdad" en *10 palabras clave sobre derechos humanos*, dirigido por Juan José Tamayo, Ed. Berbo Divino, Navarra, 2005, p.124-125.

[22] Peces Barba, G., *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 285.

[23] Tribunal Constitucional, STC 49/82, Fundamento Jurídico 2.

[24] Pérez Luño, A.E.…, p. 128.

I.2. Evolución del principio en el sistema interamericano. Contenido y naturaleza jurídica.

La naturaleza jurídica y el contenido del principio de igualdad ante la ley se ha venido perfilando en el Sistema Interamericano fundamentalmente a través de los pronunciamientos de la CIDH, que, bien mediante Opiniones Consultivas bien mediante Sentencias, ha puesto de manifiesto que el contenido de este principio debe ser interpretado a la luz del artículo 1.1. de la Convención Americana que enumera (de manera más completa que el artículo 2 de la Declaración[25]), los motivos por los cuales el Estado no puede discriminar a una persona: raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Sin perjuicio de la mayor exhaustividad de la Convención con respecto a la Declaración, la CIDH ha querido subrayar que "los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el referido artículo, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo[26]", y que, por ende, el referido precepto "deja abiertos los criterios con la inclusión del término 'otra condición social' para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas[27]". Es importante señalar que el Sistema Interamericano reconoce y aplica los distintos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, así como los pronunciamientos de órganos internacionales, como fuentes para la definición de conceptos complejos como la discriminación por razón de orientación sexual[28], la discriminación racial o la discriminación contra la mujer[29].

---

[25] Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 2: "Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna".
[26] CIDH, Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de mayo de 2014, Serie C Núm. 279, párr. 202.
[27] CIDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C Núm. 239, párr. 85.
[28] *Id.*, párr. 91.
[29] *Id.*, párr. 199. En concreto, en esta sentencia, la CIDH alude al concepto de discriminación del Comité de Derechos Humanos que la define como "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas". Cfr. UN Doc. CCPR/C/37, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, párr. 6. Véase también CIDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C Núm. 239, párr. 81.

En lo que se refiere al contenido de este principio, es preciso resaltar que, en 1990, a través de una Opinión Consultiva, la Corte desarrolla por primera vez una interesante argumentación en la que se pronuncia acerca de la **discriminación por motivos económicos** en razón de una situación de indigencia que impedía al demandante el efectivo acceso a la asistencia legal para proteger un derecho garantizado por la Constitución: "Si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, encuentra que su posición económica (en este caso, su indigencia) le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley[30]". En su Opinión concurrente, el Juez García Ramírez aclara ulteriormente este concepto al recordar que "tampoco hay auténtica igualdad cuando comparecen ante el tribunal un contendiente poderoso, bien provisto de medios de defensa, y un litigante débil, que carece de los instrumentos para probar y alegar en su defensa, independientemente de las buenas razones y los derechos que sustenten sus respectivas pretensiones[31]". En este caso, podría entenderse que, siguiendo la distinción realizada por la doctrina entre las dos concepciones de igualdad utilizadas en la jurisprudencia de la CIDH (igualdad como igualdad formal e igualdad como igualdad de oportunidades[32]), la Corte estaría aplicando la tesis de la igualdad como igualdad de oportunidades, "exigiendo que grupos que estructuralmente habrían sido excluidos puedan gozar de los derechos referidos en condiciones de igualdad[33]".

[30] CIDH, OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art.46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana de Derechos Humanos) solicitada por la Comisión interamericana de Derechos Humanos, párr. 22. En este caso, el individuo en cuestión quedó relevado de la obligación de agotar los recursos internos como condición si su condición de indigencia le impide obtener asistencia legal para hacer valer sus derechos.

[31] CIDH, Voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la Opinión Consultiva OC-18/03, sobre la "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados" del 17 de septiembre se 2003, Párr.18.

[32] Pérez, E.J., "La igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos",… p. 34: "un concepto de igualdad formal que "se basa en la idea que la ley debe aplicarse de forma similar a todos los individuos con independencia de sus características", y un segundo concepto de igualdad de oportunidades, relacionado "a la preocupación por extender la esfera de garantías de los derechos a grupos que inicialmente no estaban incluidos bajo su amparo", citando a Rodrigo Uprimny Yepes y Luz María Sánchez Duque, "Igualdad ante la ley", en Christian Steiner y Patricia Uribe, coords., Convención Americana sobre Derechos Humanos, comentada. Berlín, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 586.

[33] Pérez, E.J., "La igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos",… p. 35. Véase también CIDH, Caso Familia Pacheco Tineo vs Bolivia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C Núm. 272, párr. 130. En este caso, el Estado de Bolivia fue declarado responsable de la violación de los derechos convencionales de los demandantes, migrantes en condición irregular, al no haberles garantizado el acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

Por otra parte, la sentencia en el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, la Corte evidencia las inevitables **conexiones entre el principio de igualdad ante la ley y el derecho a un debido proceso legal** en tanto que este último se considera incluido en una de las dimensiones de la igualdad ante la ley: la igualdad procesal. En este asunto, la CIDH condena al Estado de Panamá por la detención migratoria de Jesús Vélez Loor por las malas condiciones en el centro de detención y por la falta de un debido proceso. En sus razonamientos jurídicos, y en una clara alusión a la igualdad procesal, entendida como "unas reglas generales, previas e imparciales para resolver los conflictos[34]", el órgano jurisdiccional recuerda que el derecho a un debido proceso legal implica que el Estado "debe garantizar que toda persona extranjera, aún cuando fuere un migrante en situación irregular (encontrándose por tanto en una situación de vulnerabilidad agravada) tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables[35]". Y es precisamente en este sentido, en relación con el artículo 1.1. de la Convención que regula la igualdad ante la ley, que la Corte considera que el Estado ha incumplido su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana[36].

Con carácter más reciente, en el caso *Espinoza Gonzáles*, la Corte declaró responsable al Estado de Perú por incumplimiento del deber de no discriminar, además de por otras muchas violaciones de los derechos humanos de la demandante. En 1993, durante el período de conflicto que asoló a Perú entre 1980 y el año 2000, Gladys Espinoza Gonzáles fue detenida en Lima por agentes de la División de Investigación de Secuestros (DIVISE) de la Policía Nacional de Perú, y fue acusada de estar involucrada en el secuestro de un empresario. Durante su detención en las instalaciones de la Dirección Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE) y en los diversos establecimientos penitenciarios en los que estuvo recluida después de ser condenada por terrorismo, fue sometida sistemáticamente a abusos sexuales y a torturas.

Se trata este de un asunto de especial importancia de cara a la configuración del principio de igualdad ante la ley en el Sistema Interamericano porque en él, la Corte se

[34] Peces Barba, G., "Curso de Derechos Fundamentales…, pp. 284-285.
[35] CIDH, Caso Vélez Loor vs Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 143.
[36] *Id.*, párr. 254.

pronuncia de manera específica acerca del contenido del referido principio. En este caso, se estableció que la práctica generalizada de violencia sexual y amenaza de violencia sexual "constituye discriminación individualizada por su condición de ser mujer en violación del artículo 1.1 de la Convención Americana en su perjuicio, en relación con los derechos a la integridad personal y a la honra y la dignidad establecidos en los artículos 5.1, 5.2 y 11 del mismo instrumento[37]". Además de referirse a la violencia sexual sobre las mujeres como arma de guerra constatada en los conflictos armados, el argumento sobre el que se basó la Corte para individuar este tipo de **discriminación por razón de género** puede resumirse en las propias palabras del órgano jurisdiccional: "(…) esta práctica constituyó violencia basada en género pues afectó a las mujeres por el solo hecho de serlo, y que, tal como se desprende de la prueba, fue favorecida por la legislación antiterrorista vigente para la fecha, la cual se caracterizó por la ausencia de garantías mínimas para los detenidos, además de disponer, entre otros, la potestad de incomunicar a los detenidos y el aislamiento celular[38]".

Por otro lado, la jurisprudencia de la Corte en los casos de discriminación racial, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha hecho recaer la carga de la prueba sobre el Estado "quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio[39]". Con este reconocimiento, la Corte coloca al ciudadano en una situación de mayor tutela de cara a hacer valer sus derechos en caso de ser víctima de un trato discriminatorio. Además, las consideraciones del Corte en el caso de las *Personas Dominicanas y Haitianas* también dota de contenido al supuesto de **discriminación por razón de raza** que específicamente prohíben tanto la Declaración en su artículo 2 como la Convención en su artículo 1.1: "la manera en la que las presuntas víctimas fueron detenidas en la calle o en su domicilio indica una presunción por parte de los agentes de estatales de que, por sus características físicas, las presuntas víctimas debían pertenecer al grupo específico, haitianos o de origen haitiano". De lo anterior, la Corte infiere que "en el presente caso, que las víctimas no fueron privadas de la libertad con la finalidad de realizar un procedimiento migratorio formal, sino que fueron principalmente detenidas y expulsadas por sus características físicas y su pertenencia a un grupo específico, es decir,

[37] CIDH, Caso Espinoza Gonzáles vs Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C Núm. 289, párr. 229.
[38] *Id.*, párr. 225.
[39] CIDH, Caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 401.

por ser haitianos o de origen haitiano. Lo anterior constituye una actuación discriminatoria en perjuicio de las víctimas por su condición de haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana, que resultó en una afectación en el goce de los derechos que la Corte encontró violados[40]".

Otro ejemplo interesante en el que se perfilan los límites y el contenido de la **discriminación por razón de orientación sexual** puede hallarse en el caso *Atala Riffo y niñas vs Chile*, en el que el referido Estado fue condenado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas. En el presente caso, la Corte fue tajante al observar que, siendo el interés superior del niño un fin legítimo, "la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona (…)[41]". Para justificar lo anterior, la Corte desmonta uno a unos los argumentos utilizados por la Corte Suprema de Chile para amparar la decisión que incurre en la referida discriminación por orientación sexual. Así, inadmite, por falta de pruebas los riesgos identificados por el órgano jurisdiccional nacional: la presunta discriminación social[42], la alegada confusión de roles[43], el alegado privilegio de intereses[44] y el alegado derecho a una familia "normal y tradicional[45]", concluyendo que tanto la Corte Suprema de Chile como el Juzgado de Menores competente "no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad", sino que "utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión (discriminatoria) en contra de la señora Atala[46]". Siguiendo la doctrina de la doble interpretación del derecho a la igualdad a la que se ha aludido más arriba, en este caso algunos autores han estimado que la tesis que la Corte ha adoptado es de igualdad formal

[40] *Id.*, párr. 404.
[41] CIDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile…., párr. 110.
[42] *Id.*, párrs. 115-122.
[43] *Id.*, párrs. 123-131.
[44] *Id.*, párrs. 132-140.
[45] *Id.*, párrs. 141-145.
[46] *Id.*, párr. 146.

"entre ambos padres frente al proceso de tuición que sostenían sobre sus tres hijas[47]", al entender que en este caso se estaba valorando la "igualdad entre iguales".

En cuanto a la naturaleza jurídica del principio de igualdad ante la ley, hasta el año 2003 no encontramos evidencia acerca de la postura de la Corte con respecto a esta cuestión. En su Opinión Consultiva (OC) 18 sobre la *Condición Jurídica de los Migrantes Indocumentados*, este tribunal amparó el carácter de ***ius cogens* del derecho a la igualdad y no discriminación**[48], lo cual significa que el Estado quedaría obligado a respetarlo al margen de que haya ratificado o no un instrumento internacional, que, en palabras de Quispe, se traduce en que "no pueda existir ningún argumento válido que impida su efectivo cumplimiento[49]". Esta autora también subraya que a través de esta OC, la Corte "señala la existencia de un vínculo indisoluble entre la obligación general de respetar y proteger los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación[50]". Por ende, tal y como detalla el Juez García Ramírez en su voto razonado a la OC-18-03 sobre la *Condición Jurídica de los Migrantes Indocumentados*, en aplicación del derecho internacional general y del derecho internacional de los derechos humanos, esta obligación se traduce en términos prácticos en el deber del Estado de desarrollar "acciones en tres órdenes mutuamente complementarios: a) por una parte, asegurar a través de medidas legislativas y de otra naturaleza --es decir, en todo el ámbito de atribuciones y funciones del Estado-- la efectiva vigencia --no sólo la consagración nominal-- de los derechos humanos de los trabajadores en forma igualitaria y sin discriminación alguna; b) por otra parte, suprimir las disposiciones, cualesquiera que sean su rango o su alcance, que entrañan desigualdad indebida o discriminación; y c) finalmente, combatir las prácticas públicas o privadas que tengan esta misma consecuencia[51]". Solo entonces, subraya el magistrado, quedaría el Estado "a cubierto de la responsabilidad internacional que proviene del incumplimiento de deberes internacionales[52]".

---

[47] Pérez, E.J., "La igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos"…*op cit*., p. 35.
[48] CIDH, OC-18/2003 solicitada por los Estados unidos mexicanos, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17 de septiembre de 2003, Serie A Núm. 18, párrs. 100-101.
[49] Quispe Remón, F., "La protección internacional de los derechos humanos en el sistema interamericano: su evolución y una visión actual", *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 32, 2016, p. 225-258, p. 239.
[50] CIDH, OC-18/2003 solicitada por los Estados unidos mexicanos, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados…, párrs. 82-85.
[51] CIDH, Voto razonado Concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 26.
[52] *Id*.

Recientemente, en la analizada sentencia *Espinoza Gonzáles* de 2014, la Corte ha confirmado su postura en relación a la naturaleza del principio de igualdad ante la ley, reiterando su carácter de *ius cogens*: "En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico[53]".

En el presente pronunciamiento, la Corte de hecho va un paso más allá al afirmar que el incumplimiento del deber de respetar y garantizar los derechos humanos mediante tratos discriminatorios genera una responsabilidad internacional para el Estado en cuestión[54].

CONCLUSIONES

El presente artículo ha pretendido ofrecer una aproximación a dos cuestiones de fundamental importancia en la construcción del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: por un lado, mediante un recorrido histórico de la evolución del instrumento fundacional de este sistema, se ha llegado al momento actual y se ha abordado el debate aún abierto, acerca del rol y de la naturaleza jurídica de la primera Declaración de Derechos Humanos del Estado moderno, la Declaración de Bogotá. Así, mediante el examen de los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales y consultivos y de las argumentaciones doctrinales, ha sido posible identificar un consenso general acerca de dos de los aspectos definitorios de la Declaración: se trata de una fuente de obligaciones internacionales para los Estados Miembros de la OEA y su contenido tiene plenos efectos normativos en el sentido de que, tal y como se desprende de los ejemplos aquí presentados, puede ser directamente aplicado por los órganos que componen el Sistema Interamericano. Es más, resulta aquí interesante traer a colación la interpretación de una parte de la doctrina que, en casos que afectan Estados que no son parte en tratados que otorguen jurisdicción a

[53] *Id.*, párr., 216. En el mismo sentido, véase CIDH, Caso Vélez Loor vs Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 248 y CIDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C Núm. 239, párr. 79.

[54] *Id.*, párr., 218. En el mismo sentido, véase CIDH, Caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas,… párr. 398.

algún tribunal internacional, atribuye a la Declaración un rol interpretativo crucial, entendiendo, en este contexto regional concreto que la misma es de aplicación a aquellos Estados que no han ratificado la Convención Interamericana de Derechos Humanos[55].

Por otro lado, sin perjuicio del análisis acerca del contenido, evolución y alcance del principio de igualdad ante la ley en el ámbito del Sistema Interamericano, el acuerdo unánime acerca de la naturaleza de *ius cogens* del que goza este principio introduce inevitablemente el derecho internacional de los derechos humanos como sistema de protección e interpretación del mismo.

Por último, el presente trabajo, a través del análisis de las opiniones consultivas y las sentencias de los órganos interamericanos ha puesto de manifiesto la importancia de los referidos pronunciamientos de cara a definir el contenido concreto y la evolución del principio de igualdad ante la ley en el sistema interamericano. Al mismo tiempo, el examen detallado de la formulación de los distintos aspectos del mismo ha vuelto a confirmar el carácter vanguardista y *pro homini* de la posición de la Corte y de la Comisión en materia de derechos humanos.

De lo que no cabe duda es de que, desde su nacimiento en 1948 con la adopción de la Declaración que da título a este artículo, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos ha ido evolucionando y ofreciendo cada vez más garantías de protección de los derechos fundamentales a los individuos de los Estados que forman parte de la OEA. Esfuerzos que no han cesado a pesar de las dificultades que marcan en los últimos tiempos las distintas tormentas políticas que afectan a la región y que nuevamente evidencian los recientes esfuerzos (por el momento fracasados[56]) dirigidos a conseguir la adhesión de los Estados partes en la OEA a la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, adoptada en Guatemala el 5 de junio de 2013.

[55] Anicama, C., "Las responsabilidades del Estado para regular y judicializar las actividades empresariales en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Informe sobre la Convención sobre Derechos Humanos", *Derecho PUCP*, 1 Diciembre 2009, p. 285.

[56] Sin embargo, a la fecha de presentación de este artículo, el único Estado que ha ratificado el tratado es Uruguay. Vid.Estado de Firmas y Ratificaciones de la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia_firmas.asp .Visto el 3 de octubre 2018.

BIBLIOGRAFÍA

ANICAMA, C., "Las responsabilidades del Estado para regular y judicializar las actividades empresariales en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Informe sobre la Convención sobre Derechos Humanos", *Derecho PUCP*, 1 Diciembre 2009.

BUERGHENTAL, T., "La relación conceptual y normativa entre la Declaración americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Número Especial, pp. 111-119.

PECES BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

PÉREZ, E.J., "La igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Comisión Nacional de los Derecho Humanos, Méjico, 2016.

PÉREZ LUÑO, A.E., "Igualdad" en *10 palabras clave sobre derechos humanos*, dirigido por Juan José Tamayo, Ed. Berbo Divino, Navarra, 2005.

QUISPE REMÓN, F., "La protección internacional de los derechos humanos en el sistema interamericano: su evolución y una visión actual", *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 32, 2016, p. 225-258.

Revista Electrónica Iberoamericana ISSN: 1988 - 0618
http://www.urjc.es/ceib/ Vol. 13, Edición Especial, 2019

LA DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN A LA HONRA, LA REPUTACIÓN PERSONAL Y LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

AMERICAN DECLARATION OF THE RIGHTS AND DUTIES OF MAN AND THE RIGHT TO PROTECTION OF HONOR, PERSONAL REPUTATION, AND PRIVATE AND FAMILY LIFE

Ángela Trujillo del Arco[1]

Universidad Carlos III, España

RESUMEN

En conmemoración de los setenta años de la adopción de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre cabe plantearse cuál es la relevancia actual de este instrumento en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Un profundo análisis del contenido de su Artículo V – garante del derecho a la honra, la reputación y la vida privada y familiar – a través de los informes emitidos en el procedimiento de peticiones individuales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, planteará que, en la actualidad, estamos ante un instrumento clave en la protección de los derechos humanos del sistema regional americano.

PALABRAS CLAVE: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Derecho a la honra, a la reputación y a la vida privada y familiar. Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

ABSTRACT

In commemoration of the seventy years anniversary of the adoption of the American Declaration of the Rights and Duties of Man, it is pertinent to assess the relevance of this instrument in the context of the Inter-American System for the Protection of Human Rights today. An in-depth analysis of the content of its Article V – guarantee of the right to protection of honor, personal reputation, and private and family life – through reports of the Inter-American Commission on Human Rights on individual

[1] Doctora en Derecho Internacional Público por la Universidad Carlos III de Madrid.

petitions, allows to demonstrate that the American Declaration continues to be a key instrument for the protection of human rights in the regional American system.

KEY WORDS: American Declaration of the Rights and Duties of Man. Right to protection of honor, personal reputation, and private and family life. Inter-American System for the Protection of Human Rights. Inter-American Commission on Human Rights.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. EL NACIMIENTO DE LA DADH COMO DECLARACIÓN DE DERECHOS; III. LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA HONRA, A LA REPUTACIÓN Y A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR BAJO LA DADH; IV. LOS RASGOS DEFINITORIOS DEL DERECHO A LA HONRA, A LA REPUTACIÓN Y A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR; V. LA DEFENSA DEL DERECHO A LA HONRA, A LA REPUTACIÓN Y A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR A TRAVÉS DEL ARTÍCULO V DE LA DADH: 1. El *Caso Oscar Elías Biscet y otros*; 2. El *Caso Tomás Eduardo Cirio*; 3. El *Caso de Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros*; VI. CONCLUSIONES.

* * *

I. INTRODUCCIÓN

En el setenta aniversario de la adopción de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, la Declaración Americana o la DADH), cabe plantearse cuál es la importancia actual de este instrumento, pionero en el reconocimiento internacional de los derechos humanos. Con más exactitud, es relevante desentrañar cuál es el papel que la DADH desempeña en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Para ello, es imprescindible partir entendiendo cómo fue concebida originariamente para, posteriormente, llegar a dilucidar cuál es su rol actual en el sistema regional americano de protección de los derechos humanos. Al proceder a esclarecer su relevancia en el presente, es de invaluable utilidad observar los potenciales efectos que sus disposiciones son susceptibles de desplegar en nuestros días. En el camino que llevará a satisfacer esta finalidad, se utilizará como vehículo uno de los derechos reconocidos en este cuerpo, el Artículo V – que consagra el derecho a la honra, a la reputación y a la vida privada y

familiar –, y su uso en el contexto de los informes producidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el procedimiento de peticiones individuales, todo lo cual dará muestra profunda de cuál es el contenido de este derecho. Por tanto, durante el recorrido aquí propuesto, se pondrán de relieve dos cuestiones que irán de la mano, a saber, se mostrará cuál es la importancia contemporánea de la DADH mientras, simultáneamente, se revelará en qué consiste el derecho a examen y si ante su eventual vulneración por parte del Estado los individuos encontrarían en este instrumento un garante.

II. EL NACIMIENTO DE LA DADH COMO DECLARACIÓN DE DERECHOS

En el año 1948, con ocasión de la celebración de la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá entre el 30 de marzo y el 2 de mayo, se adoptaba la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. En aquel momento, llegar a un tal compromiso era un hito sin precedentes y de ello se era plenamente consciente en los tiempos de los trabajos previos a la conclusión del texto final. En su transcurso, unos meses antes de que la DADH viera la luz, en diciembre de 1947, durante las labores de la Comisión Sexta – encargada de los asuntos jurídicos políticos y, entre ellos, del primeramente llamado *Proyecto de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre* – se ponía el acento sobre el carácter pionero de lo que se estaba elaborando. Concretamente, en sus trabajos sobre el Proyecto de Declaración, el Comité Jurídico Interamericano subrayaba en un informe anexo que el hecho de incluir los derechos esenciales del hombre en un instrumento internacional era una idea moderna y que, si la Declaración allí contenida era finalmente aprobada por la Conferencia de Bogotá, habría sido en América donde por primera vez se realizaría una iniciativa de tal naturaleza puesto que, aunque en la vida internacional se habían adoptado medidas protectoras relativas a ciertos grupos de hombres, había faltado un sistema general que se

dirigiera al factor humano en sí mismo y que intentara definir esos derechos y consagrarlos.[2]

En todo caso, el carácter novedoso del instrumento en elaboración participaba de los aires de la época y así era expresamente reconocido durante las labores de redacción cuando se ponía de relieve que se estaba tomando como referente el trabajo paralelo que venía desarrollándose en las Naciones Unidas con respecto a la elaboración de lo que sería la futura Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948.[3] No obstante, en esto debe puntualizarse que el hecho de que se reconocieran los avances en curso en otros foros internacionales en materia de derechos humanos no debe entenderse como una suerte de sumisión del contenido en elaboración de la DADH ante el de la DUDH. Muy por el contrario, Ann Glendon ha mostrado que la influencia actuó en gran medida a la inversa en tanto que los esfuerzos de Latinoamérica habrían sido cruciales en asentar los derechos humanos en las Naciones Unidas en la medida en que, durante el proceso de redacción, desde las delegaciones procedentes de allí se ofrecieron modelos de declaración a la Comisión de Derechos Humanos que enriquecieron la DUDH con una diversidad cultural atractiva.[4] Defendiendo la misma afirmación, Paolo Carozza ha resaltado el compromiso de la región Latinoamericana en promover los derechos humanos en un tiempo donde la idea era vista con reticencia por la mayoría de los demás Estados, traduciéndose en un gran impacto sobre la DUDH.[5]

En este contexto internacional en evolución, se presentaría el resultado de las negociaciones de Bogotá compendiado en el Acta Final de la IX Conferencia Internacional Americana. En ella se mostraba que en aquel foro se habían producido, además de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA)[6] y de diferentes

---

[2] *Informe Anexo al Proyecto Definitivo de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre*, en Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, marzo 30- mayo 2 de 1948, Actas y Documentos, Volumen V, Comisión Quinta – Comisión Sexta, Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia 1953 (en adelante: Novena Conferencia Internacional Americana, Vol. V), p. 454, párr. 1 y 3. En: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29661.pdf

[3] Documento publicado con la clasificación CB-101/C.VI-Sub A-1, MEXICO; Documento publicado con la clasificaci6n CB-31 0/ CIN -41, INFORME DEL RELATOR DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE DERECHOS DEL HOMBRE, en Novena Conferencia Internacional Americana., Vol. V, pp. 462, 474, 475, 477.

[4] GLENDON, M. A., "El crisol olvidado: Influencia latinoamericana en la idea de los derechos humanos universales", *Persona y Derecho,* 51, 2004, 103-123, p. 123.

[5] CAROZZA, P. G., "From conquest to constitutions: retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights", *Human Rights Quarterly*, 25, 2003, 281-313, p. 287.

[6] Carta de la Organización de los Estados Americanos (A-41), adoptada en Bogotá, Colombia el 04/30/1948 en la Novena Conferencia Internacional Americana, en vigor desde 12/13/1951.

tratados internacionales, una serie de resoluciones, declaraciones, recomendaciones, acuerdos, votos y mociones, entre las cuales, en la Resolución XXX, se recogía la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. El fundamento que residía en su adopción se declaraba expresamente, a saber, las veintiuna naciones americanas allí representadas reconocían la dignidad del individuo y coincidían en que sus derechos esenciales no derivan del hecho de que éste sea nacional de un Estado sino que se basan en atributos de su personalidad humana por lo que, siendo esto así, la protección internacional de los derechos esenciales habría de guiar la evolución de la ley americana.[7]

A pesar de las comprometidas manifestaciones que acompañaban al texto de la DADH, el instrumento que se acordaba venía concebido como una declaración y no como un tratado internacional, lo cual repercutía sobre la atribución originaria de fuerza jurídica vinculante al documento. En efecto, la Declaración Americana nacía desprovista de tal cualificación a pesar de que un vistazo a las negociaciones previas transcurridas en el seno de la Comisión Sexta patentiza que esta decisión no se tomaría sin pugnas y que se tuvo que buscar un equilibrio entre posturas netamente diferenciadas.

Mostrando someramente el desacuerdo, interesa atender al énfasis puesto al respecto por el Relator de la Comisión Sexta cuando informaba sobre las labores de una de las tres subcomisiones en las que aquella se había dividido, la Subcomisión A, y a la cual correspondían los trabajos relativos a los *Derechos y Deberes Internacionales del Hombre*. En su seno el debate estaba servido, a saber, o bien se formulaba un instrumento "como convenio de obligación pactada" o bien se optaba por una "simple declaración abstracta de principios", barajándose, como cuestión asociada, si se dotaba o no al texto resultante de una garantía internacional que velara por su efectivo acatamiento. Las deliberaciones de los Estados al respecto se repartían en tres posturas irreductibles.[8]

De un lado, se posicionaban quienes aspiraban a concretar un pacto con obligación nacional y garantía internacional americana. Uruguay, en la cabeza, proponía instaurar una competencia judicial, y no política, que garantizase los derechos, organizando la competencia internacional a través de la creación de una Sala Especial Americana en la

[7] DADH, en Resolución XXX, Novena Conferencia Internacional, Bogotá, Colombia, marzo 30- mayo 2 de 1948, Actas y Documentos, Volumen VI, Conclusiones, Acta Final-Instrumentos Diplomáticos, Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia 1953, p. 297-302, párr. 1-3 (en adelante: Novena Conferencia Internacional. Actas y Documentos, Vol. VI). En: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29662.pdf
[8] Informe del relator de la Comisión Sexta, en Novena Conferencia Internacional, Vol. V, p. 512.

Corte Internacional de Justicia que estuviera facultada para fallar las demandas surgidas entre las personas y los Estados, y donde la eventual sentencia condenatoria diera derecho a la correspondiente indemnización pecuniaria.[9] Apoyando esta postura, Brasil defendía que no bastaba con proclamar los derechos sino que éstos necesitaban una garantía adecuada y que ésta debía estar sancionada por un órgano jurídico, por lo que se debía elaborar un proyecto de estatuto para la creación y el funcionamiento de una Corte Interamericana que hiciera respetar los derechos de la DADH. En esta propuesta se entendía que la única manera de dotar de eficacia real a una Carta internacional de los derechos del hombre sería asegurando a sus titulares el libre acceso a un tribunal internacional, y ello a sabiendas de que esto implicaría lidiar con la fuerte oposición a una tal evolución de quienes mantenían el "muy anticuado" dogma de la soberanía absoluta de los Estados.[10] De otro lado, se agrupaban quienes, como Colombia, buscaban que la garantía de seguridad fuera lo más suave posible "para no alarmar la conciencia asustadiza de las soberanías nacionales", sugiriendo que sólo existiera una "investigación informativa" en los casos de presunto incumplimiento de las normas. Finalmente, otros no se atrevían a avanzar ninguna de las dos opciones anteriores al considerar que algunos países de América no estaban acondicionados, ni en lo social ni en lo político, para asumir tales responsabilidades por lo que planteaban posponer el compromiso obligatorio para "otra oportunidad futura, que todos, en fin, quisieran que adviniese pronto".[11]

El desenlace de la pugna entre aquellas posiciones es fácilmente apreciable con un mero vistazo al texto final de la DADH. Allí, en los primeros párrafos del instrumento se consagraría que la afirmación de los derechos humanos esenciales por parte de los Estados Americanos, junto con las garantías dadas por los regímenes internos de los Estados, establecían un sistema de protección inicial adecuado a las condiciones políticas y jurídicas del momento que debería fortalecerse progresivamente en el plano internacional cuando las condiciones fueran más favorables.[12] Así las cosas, la postura triunfante era clara, los derechos humanos quedaban aún reservados a la jurisdicción

[9] Acta de la tercera sesión de la Comisión Sexta, en Novena Conferencia Internacional, Vol. V, pp. 546, 547, 551.
[10] Documento publicado con la clasificaci6n CB-125/C.VI-6, BRASIL, Proyecto de resolución sobre la creación de una Corte Interamericana destinada a garantizar los Derechos del Hombre, en Novena Conferencia Internacional, Vol. V, pp. 464, 465.
[11] Informe del relator de la Comisión Sexta, en Novena Conferencia Internacional, Vol. V, p. 512.
[12] DADH, Resolución XXX, en Novena Conferencia Internacional. Actas y Documentos, Vol. VI, p. 297, párr. 4.

interna de los Estados y su protección internacional se dejaba al futuro como un ideal a lograr.

III. LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA HONRA, A LA REPUTACIÓN Y A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR BAJO LA DADH

El derecho a la honra, a la reputación y a la vida privada y familiar no estaba contenido en los primeros catálogos de derechos propuestos como candidatos a la lista que conformaría la Declaración Americana. Siguiendo sus antecedentes, en uno de los proyectos de Declaración presentados durante las negociaciones previas, Panamá se referiría a la *Seguridad contra Molestias Injustas* como un sexto derecho a consagrar. En su virtud, toda persona tendría "el derecho de vivir libre de toda molestia injustificada a su persona, su hogar, su reputación, su vida privada, sus actividades y sus bienes" y el Estado tendría "el deber de proteger este derecho".[13]

De la evolución de este precepto resultaría el Artículo V de la DADH que consagra el derecho a la protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar y por el cual: "Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar". Sin embargo, visto el estatus jurídico de la Declaración Americana en su origen, este derecho – al igual que todos los demás allí contenidos – haría su entrada en el ámbito internacional desprovisto de la fuerza jurídica vinculante requerida para proporcionar a los individuos una protección eficaz ante su eventual violación.

A pesar de esta situación de partida, la cuestión evolucionaría. En esto, ya cuando rondaban los cuarenta años de la adopción de la Declaración Americana, Pedro Nikken comentaba que habían surgido nuevos hechos y situaciones a lo largo de la evolución del sistema americano que difícilmente podían explicarse si la DADH conservara inalterado su valor inicial como simple recomendación, aunque ello no llevaba a concluir necesariamente con que la Declaración hubiera adquirido rango de Derecho

[13] Documento publicado con la clasificaci6n CB-194/C.VI-10, Panamá, Proyecto de Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales del Hombre, en Novena Conferencia Internacional. Actas y Documentos, Vol. V, pp. 469-472.

convencional.[14] En este mismo debate, Thomas Buergenthal expresaba que "[h]oy, la Declaración es a la vez un manifiesto político y un instrumento normativo" que "sienta las bases jurídicas para la promoción y protección de los derechos humanos en América".[15]

Recogiendo la candencia del tema de aquella época, en 1989, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, movida por petición del gobierno de Colombia, se pronunciaba sobre cuál era el estatus jurídico de la DADH. En su Opinión Consultiva, la Corte diría que era claro que la Declaración Americana no era un tratado en los términos establecidos por las Convenciones de Viena que gobiernan esta materia puesto que no había sido aprobada como tal sino como una declaración y sin previsión de ningún procedimiento por el cual se transformaría en un tratado. Sin embargo – seguiría –, para determinar su estatus jurídico, en vez de examinar el valor normativo e importancia que se le daba en 1948, es apropiado observar el Sistema Interamericano actual a la luz de la evolución experimentada desde la adopción de la DADH. Como resultado del análisis practicado, la Corte determinaría que, si bien la Declaración no es un tratado, esto no lleva a concluir que carezca de efectos jurídicos.[16]

Sin duda, uno de los pilares que mantienen la anterior afirmación es el hecho de que, en 1967, el conocido como *Protocolo de Buenos Aires*[17] reformó la Carta de la OEA incluyendo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión) entre los órganos permanentes de la Organización, y de que aquella promueve el acatamiento de los derechos consagrados en la DADH. En efecto, la Comisión ha recibido como encargo atribuido por la Carta la promoción de la observancia y de la

[14] NIKKEN, P., "La declaración universal y la declaración americana. La formación del moderno Derecho Internacional de los Derechos Humanos", *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Número especial en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la declaración americana de derechos y deberes del hombre*, 1989, 65-99, p. 83. En: http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06857-3.pdf

[15] BUERGENTHAL, T., "La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Número especial en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la declaración americana de derechos y deberes del hombre*, 1989, 111-119, p. 111. En: http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06857-5.pdf

[16] Inter-American Court of Human Rights, "Advisory Opinion oc-10/89: Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights. Requested by the government of the Republic of Colombia", July 14 1989, párr. 33, 34, 37, 47.

[17] Protocolo de reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (B-31) "Protocolo de Buenos Aires", adoptado en Buenos Aires, Argentina en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria el 02/27/1967, en vigor desde el 02/27/1970.

defensa de los derechos humanos y el servir como órgano consultivo a la misma,[18] entendiéndose que esos derechos humanos serán los consagrados en la DADH cuando el Estado Miembro de que se trate no sea parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos,[19] en cuyo caso se tendrían en cuenta los definidos en ese instrumento.[20] A este respecto, Gros Espiell señalaba la importancia primordial que tuvo la creación de la Comisión Interamericana para la aplicación de la Declaración Americana a la que otorgó nuevas posibilidades, lo cual supuso impulsar el progreso de la protección regional de los Derechos Humanos.[21] Resaltando a su vez el mismo acontecimiento, Buergenthal diría que el Protocolo de Buenos Aires cambió el estatus legal de la Comisión y fortaleció el carácter normativo de la Declaración Americana y que, en la medida en que la Comisión deriva sus poderes directamente de la Carta, como órgano de la OEA habría adquirido una legitimidad indiscutible en el Sistema Interamericano y una base sólida para aplicar la Declaración Americana, lo cual habría reforzado enormemente la autoridad legal de sus decisiones.[22]

En la misma línea discursiva, Fabian Salvioli ha resaltado la relevancia actual de la DADH al constatar que ésta constituye un instrumento legal de uso constante en las líneas protectoras de actuación de la Comisión Interamericana – esto es, en los informes sobre países, estudios especiales y comunicaciones individuales – donde es utilizada para determinar si los Estados han cumplido sus obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos.[23] Efectivamente y en lo que aquí va a concernir, la Comisión tiene atribuida entre sus funciones la facultad de recibir y examinar peticiones individuales que contengan denuncias sobre presuntas violaciones de los derechos humanos consagrados

[18] Carta de la Organización de los Estados Americanos, Artículo 106.
[19] Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (b-32), en San José de Costa Rica el 11/22/69, en vigor desde 07/18/78.
[20] Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Artículo 1 y Carta de la Organización de los Estados Americanos, Artículo 145.
[21] ESPIELL, H. G., "La Declaración Americana: Raíces Conceptuales y Políticas en la Historia, la Filosofía y el Derecho Americano", *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Número especial en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la declaración americana de derechos y deberes del hombre*, 1989, 41-64, p.59. En: http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06857-2.pdf
[22] BUERGENTHAL, T., "The revised OAS charter and the protection of human rights", *American Journal of International Law*, 1975, 69 (4), 828-839, pp. 828, 836.
[23] SALVIOLI, F. O., "El aporte de la Declaración Americana de 1948 para la protección internacional de los derechos humanos", *CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, 2003, p. 10. En: http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-aporte-de-la-declaracion-americana-de-1948-para-la-proteccion-internacional-de-los-derechos-humanos-fabian-salvioli.pdf

en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Declaración Americana, en este último caso, en relación a los Estados Miembros de la OEA que no son parte en el anterior instrumento. Así las cosas, recibida una petición, la Comisión podrá abrir un caso donde deliberará sobre el fondo del asunto emitiendo un informe en el que, cuando corresponda, apuntará si hubo violación de un derecho garantizado por la Declaración Americana y formulará, de ser el caso, las recomendaciones que juzgue adecuadas donde indicará a los gobiernos qué medidas han de adoptar para tutelar afectivamente el derecho vulnerado.[24]

Lo anterior no significa que la relevancia de la Declaración Americana se circunscriba exclusivamente al ámbito de la Comisión. Al respecto, la Corte Interamericana ha recordado que la DADH juega un papel en su sede. Así, por ejemplo, en referencia a su competencia contenciosa, la Corte ha sentenciado que, si bien es cierto que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es el instrumento principal para proteger los derechos humanos y la fuente concreta de obligaciones para los Estados Parte en ella, no obstante, estos Estados no se liberan de las obligaciones que derivan de la Declaración Americana en cuanto son miembros de la OEA, en concreto, en la medida en que la Corte, de considerarlo oportuno, puede utilizar la DADH en la interpretación de los artículos de la Convención.[25]

No obstante, tal y como ha sido expuesto, es en el terreno de la Comisión donde el recurso a la DADH cobra mayor relevancia. En este sentido, Paúl Díaz destaca que actualmente la importancia de la Declaración Americana para el actuar de los órganos encargados de la protección regional de los derechos humanos en América es indiscutible, lo que es especialmente cierto para la Comisión en tanto que aplica este instrumento en sus procedimientos de peticiones individuales contra los Estados que no han ratificado la Convención Americana, los cuales agrupan a un tercio de la población del continente americano.[26] Siendo esto así, y en relación a lo que aquí ocupa, es oportuno destacar que una aproximación a los informes resultantes de estos procedimientos de peticiones individuales permite apreciar que la Comisión ha tenido la oportunidad de examinar en

[24] Procedimiento regulado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículos 48 y 50; y en el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Artículos 37-39, 43 y 44.
[25] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bueno Alves *Vs.* Argentina, Sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 59, 60.
[26] PAÚL DÍAZ, Á., "La génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Relevancia Actual de sus Trabajos Preparatorios", *Revista de derecho (Valparaíso)*, 47, 2016, 361-395, p. 391.

algunas ocasiones si el derecho a la honra, a la reputación y a la vida privada y familiar ha sido violado bajo el Artículo V de la Declaración Americana. Un sumergimiento profundo en estos documentos da respuesta a cuestiones relevantes tales como cuál es el contenido de este derecho en virtud del cual los individuos que lo estimen violado pueden buscar amparo ante la Comisión o cuáles son las situaciones más habituales susceptibles de vulnerarlo. Incluso más importantemente, los informes ponen de relieve cómo la DADH, a través del hacer de la Comisión, se posiciona en la actualidad como garante de los derechos contenidos en su cuerpo, lo cual adquiere particular relevancia en aquellos casos en los que los Estados que presuntamente han violado alguno de ellos no son parte en la Convención Americana por cuanto abre a las potenciales víctimas una vía en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos donde hacer valer sus pretensiones.

IV. LOS RASGOS DEFINITORIOS DEL DERECHO A LA HONRA, A LA REPUTACIÓN Y A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

En pro de la coherencia y de la uniformidad, el derecho a la honra, a la reputación y a la vida privada y familiar, cuya tutela promueve la Comisión en sus informes bajo el Artículo V de la DADH, disfruta de la misma interpretación que la seguida por este órgano cuando aplica el Artículo 11 de la Convención Americana donde se garantizan estos mismos derechos.[27] De hecho, en la búsqueda de esta semejanza interpretativa, en estos informes se recurre a la interpretación del derecho que va siendo simultáneamente apuntalada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e, incluso, traspasando las lindes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se ven concernidos los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Sabiendo que el proceder interpretativo de la Comisión transcurre así, se entiende por qué Monroy Cabra ha señalado la importancia de atender a las interpretaciones de los distintos derechos contenidas en los informes de la Comisión.[28] Es por ello que, cuando

[27] Siguiendo el tenor literal del Artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:
"1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques."
[28] MONROY CABRA, M. G., "Aplicación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Instituto Interamericano de*

el fin es perfilar el derecho, es relevante analizar las explicaciones fundamentales contenidas en tales documentos cuando examinan violaciones del Artículo 11 de la Convención Americana, sin limitar el examen a aquellos asuntos en los que se vea exclusivamente concernida la DADH. Tal proceder mostrará efectivamente cuál es el contenido principal del derecho a la honra, a la reputación y a la vida privada y familiar, poniendo de relieve los rasgos que lo definen con independencia de que se busque su amparo a través de la disposición correspondiente de la DADH o de la Convención Americana.

Entrando en tal faena, una apreciación de partida se impone, esta es, el análisis de los casos sobre el fondo evaluados por la Comisión evidencia que la protección efectiva del derecho a la honra, a la reputación y a la vida privada y familiar supone la asunción para el Estado tanto de una obligación negativa de omitir conductas que vulneren el derecho como de una positiva de actuar para evitar su vulneración. En este sentido, por ejemplo, la Comisión ha dicho que el objeto del Artículo 11 de la Convención Americana "es esencialmente la protección del individuo contra injerencia arbitraria por parte de funcionarios públicos. Sin embargo, también requiere que el Estado adopte la legislación necesaria para asegurar la eficacia de esta disposición".[29] Esto supone que, a pesar de que lo que muestran habitualmente los casos ante la Comisión es que la actividad directa del Estado sea la vulneradora de este derecho infringiendo su mandato negativo de abstenerse de violarlo, también es susceptible de que su inactividad para protegerlo cuando le correspondía actuar para garantizarlo lleve al mismo resultado.

Con respecto a la determinación de los márgenes definitorios del derecho a estudio, en la medida en que se está hablando de disposiciones – ya sea del Artículo V de la DADH o del Artículo 11 de la Convención Americana – con un contenido amplio, ocurre que el global del precepto no se verá siempre concernido en un mismo caso por lo que cabe establecer diferentes delimitaciones conceptuales según se haya vulnerado el derecho a la honra y a la reputación o el derecho a la vida privada y familiar.

Así, por un lado, en el ámbito del derecho a la honra y a la reputación, la Comisión ha establecido su violación en aquellos casos en los que queda probado que el gobierno

Derechos Humanos, Número especial en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la declaración americana de derechos y deberes del hombre, 1989, 131-138, p.135.

[29] CIDH, Informe Nº 38/96, Caso 10.506, X E Y (ARGENTINA), 15 de octubre de 1996, párr. 91.

emitió declaraciones y comunicados donde se culpa a un individuo de hechos que no han sido demostrados, los cuales lesionan directamente su fama y su reputación – y aquí la clave principal de la vulneración. Si además existen decisiones judiciales que han declarado absuelta a la persona, se demostraría una actitud de hostigamiento en su contra.[30] Finalmente, en la búsqueda de una delimitación precisa de este derecho es fundamental hacer referencia a la contribución de la Corte Interamericana cuando señala que "[e]n términos generales, el derecho a la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona".[31]

De otro lado, cuando se perfila el derecho a la vida privada y familiar, la Comisión ha destacado que "un objetivo principal del Artículo 11 es proteger a las personas de la acción arbitraria de las autoridades del Estado que infrinjan su esfera privada" y que en ésta se comprenden una serie de factores que "hacen a la dignidad del individuo", como son, por ejemplo, "la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales".[32] Siguiendo al TEDH, la Comisión argumenta que el concepto de vida privada cubre la integridad física y psicológica de una persona, engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. Todos estos atributos han sido denominados derecho a la intimidad, el cual garantiza "una esfera que nadie puede invadir, un campo de actividad que es absolutamente propio de cada individuo". Siguiendo a la Corte Interamericana, el ámbito de la privacidad ha de quedar exento e inmune a invasiones o agresiones abusivas y arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública, debiendo extenderse esta protección a la esfera familiar.[33]

[30] CIDH, Informe Nº 43/96, Caso 11.430, José Francisco Gallardo (MÉXICO), 15 de octubre de 1996, párr. 76.
[31] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tristán Donoso vs. Panamá, 27 de enero de 2009, párr. 57.
[32] CIDH, Informe Nº 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra (GUATEMALA), 19 de enero de 2001, párr. 46 y 47.
[33] CIDH, Informe Nº 80/15, Caso 12.689, J.S.C.H Y M.G.S (MÉXICO), 28 octubre 2015, párr. 116 y 117; CIDH, Informe Nº 110/09, Caso 12.470, Ricardo Israel Zipper (CHILE), 10 de noviembre de 2009, párr. 56.

En el plano de los hechos, guarda relevancia la identificación de las actividades concretas que han vulnerado alguna de las perspectivas del derecho consagrado en el Artículo 11 de la Convención Americana. Así, entre otros, en el examen del fondo de los casos, la Comisión ha considerado que las acciones del gobierno consistentes en mantener bajo vigilancia a un individuo y enviarle cartas de amenaza suponen una injerencia arbitraria y abusiva de su derecho a la vida privada y familiar.[34] Es a su vez una vulneración de este derecho el mantenimiento en el ordenamiento jurídico interno de disposiciones que infringen la esfera personal del individuo cuando, por ejemplo, suponen formas de subordinación del rol de la esposa ante el marido donde se priva a la mujer casada de su autonomía para elegir y adoptar opciones en su desarrollo y sustento personal, negándosele su autodeterminación y un derecho equitativo con el hombre.[35] De igual manera, la Comisión encontró que la esfera de la vida privada que constituye el derecho a la intimidad del individuo había sido violada cuando sin un fin legítimo el Estado había informado sobre el estado de salud de integrantes de las Fuerzas Armadas portadores del VIH a diversas autoridades fuera del contexto médico, infringiendo el derecho a que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad y acarreando la pérdida de su empleo.[36]

En cuanto a aquellas acciones que han constituido un atentado contra la dignidad de los individuos vulnerando su honra y reputación, la Comisión ha identificado que la emisión de declaraciones por parte de funcionarios del gobierno negando la veracidad de las alegaciones realizadas por quien ha sufrido secuestro y torturas perpetradas por agentes del gobierno constituye un ataque contra la honra y la dignidad de la persona. Asimismo, las declaraciones infundadas manifestadas por funcionarios del gobierno relativas a la vida sexual de un religioso se han considerado como una afrenta grave a su honra y su reputación.[37] Aquí tienen cabida las campañas de desprestigio emprendidas por el Estado en las que se presenta a los individuos ante la opinión pública como delincuentes peligrosos, “transgresores irresponsables y como una amenaza para la paz”

[34] CIDH, Informe N° 31/96, Caso 10.526, Diana Ortíz (GUATEMALA), 16 de octubre de 1996, párr. 116.
[35] CIDH, Informe Nº 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra (GUATEMALA), 19 de enero de 2001, párr. 49 y 50.
[36] CIDH, Informe Nº. 80/15, Caso 12.689, J.S.C.H Y M.G.S (MÉXICO), 28 octubre 2015, párr. 124-128.
[37] CIDH, Informe N° 31/96, Caso 10.526, Diana Ortíz (GUATEMALA), 16 de octubre de 1996, párr. 116 y 117.

sin haber probado tales acusaciones ni darles la oportunidad de defenderse de ellas.[38] Sin embargo, la Comisión ha señalado que, a pesar de que es susceptible de influir en la opinión pública, debe tenerse en cuenta que un proceso judicial no constituye, por sí mismo, una afectación ilegítima al honor y dignidad de la persona aunque dicho proceso pudiera acarrear indirectamente molestias para quienes se hallen sujetos al enjuiciamiento.[39] En cambio, sí son un ejemplo de acciones y campañas de desprestigio capaces de vulnerar el derecho a la honra y la reputación aquellas llevadas a cabo por las autoridades del Estado para difamar a nivel nacional y ante todos los miembros del Ejército y de la opinión pública a un General de las Fuerzas Armadas a través de la exhibición y distribución de volantes, fotografías, declaraciones tendenciosas y falsas en la prensa, radio y televisión con mensajes denigrantes, lesionando así directamente la fama y reputación del afectado.[40] En este ámbito es particularmente frecuente que los defensores de derechos humanos vean su derecho vulnerado. Sobre esto, la Comisión ha apuntado que los casos en los que las autoridades estatales rinden declaraciones o emiten comunicados en los que se incrimina públicamente a un defensor por hechos no comprobados judicialmente, tales como discursos de desprestigio que afectan a la credibilidad e integridad de las actividades relativas a la defensa de los derechos humanos que estos desarrollan ante la sociedad, constituyen una violación de su derecho a la honra y dignidad.[41]

De todo lo hasta aquí expuesto no debe extraerse la conclusión de que el contenido amplio del derecho a la honra, a la reputación y a la vida privada y familiar se vulnera siempre de manera parcial. Muy por el contrario, el contenido de este derecho puede estar concernido en su totalidad. Así, por ejemplo, en otras ocasiones, en los hechos la integridad del derecho ha estado implicada cuando miembros del Ejército y la Policía han perpetrado actos de amenazas y hostigamiento contra defensores de derechos humanos que se extienden a sus familias, señalándolos como miembros o colaboradores de la

[38] CIDH, Informe Nº 49/99, Caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (MÉXICO), 13 de abril de 1999, párr. 94-97.
[39] CIDH, Informe Nº 121/10, Caso 12.431, Carlos Alberto Mojoli Vargas (PARAGUAY), 23 de octubre de 2010, párr. 122.
[40] CIDH, Informe Nº 20/99, Caso 11.317, Rodolfo Robles Espinoza e hijos (PERÚ), 23 de febrero de 1999, párr. 140-143.
[41] CIDH, Informe Nº. 45/17, Caso 10.455, Valentín Basto Calderón y otros (COLOMBIA), 25 de mayo de 2017, párr. 149.

guerrilla, afectando, consecuentemente, a su honra, dignidad, vida privada y seguridad.[42] De igual manera, la aplicación por parte de las autoridades penitenciarias de un procedimiento no legítimamente justificable consistente en realizar inspecciones vaginales a la peticionaria cada vez que se disponía a visitar a su marido preso en la cárcel, ha sido identificado como una violación del derecho a la honra, a la reputación y a la vida privada y familiar.[43]

Sabiéndose todo lo anterior, es de señalar que, a pesar de que efectivamente la vulneración del derecho a la honra, a la reputación y a la vida privada y familiar puede darse en una amplia variedad de supuestos, sin embargo, el mismo no es absoluto y caben limitaciones a su ejercicio. En esto, terminando de demarcar sus lindes, hay que escuchar a la Comisión cuando ha destacado que un objetivo principal del Artículo 11 de la Convención Americana es proteger a las personas de la acción arbitraria de las autoridades del Estado, no obstante, si para proteger los derechos de terceros se necesita que el Estado regule materias de esta esfera, entonces ello no sólo se justifica sino que es necesario. En todo caso, la Comisión ha subrayado que la eventual restricción del derecho estaría sujeta a requisitos ineludibles. La garantía contra la arbitrariedad – dirá – tiene como propósito el asegurar "que toda reglamentación (u otra medida) de este tipo sea congruente con las normas y objetivos de la Convención, y sea razonable en las circunstancias imperantes". En concreto la Comisión ha especificado que, además de la condición de legalidad, cuando se habla de que el Estado tiene la obligación especial de prevenir interferencias "arbitrarias y abusivas", esta idea hace referencia a elementos de justicia, a la imposibilidad de predecir y a la falta de razonabilidad todo lo cual viene conectado con los aspectos de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la acción restrictiva del derecho.[44]

Con todo lo hasta aquí expuesto se entiende la gran amplitud del alcance y el compromiso con la protección al derecho a la honra, a la reputación y a la vida privada y familiar que tiene lugar en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos

[42] CIDH, Informe Nº 45/17, Caso 10.455, Valentín Basto Calderón y otros (COLOMBIA), 25 de mayo de 2017, párr. 150 y 151.
[43] CIDH, Informe Nº 38/96, Caso 10.506, X E Y (ARGENTINA) 15 de octubre de 1996, párr. 93 y 94.
[44] CIDH, Informe Nº 38/96, Caso 10.506, X E Y (ARGENTINA) 15 de octubre de 1996, párr. 92; CIDH, Informe Nº 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra (GUATEMALA), 19 de enero de 2001, párr. 47; CIDH, Informe Nº 80/15, Caso 12.689, J.S.C.H Y M.G.S (MÉXICO), 28 octubre 2015, párr.118.

Humanos – e, incluso, más allá de éste – quedando por establecer qué ha podido ofrecer específicamente la Declaración Americana a este respecto.

V. LA DEFENSA DEL DERECHO A LA HONRA, A LA REPUTACIÓN Y A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR A TRAVÉS DEL ARTÍCULO V DE LA DADH

Cuando lo que ocupa es examinar el alcance de la protección del derecho a la honra, a la reputación y a la vida privada y familiar a través del Artículo V de la DADH, hay que poner el énfasis en el hecho de que, a pesar de que la Comisión ha podido servirse de esta disposición en pocas ocasiones, este precepto ha llegado a ser la clave de la garantía de los derechos allí consagrados, demostrándose la capacidad de la Declaración Americana para amparar a las potenciales víctimas de violaciones de derechos humanos. Concretamente, el Artículo V ha desplegado un rol garante en tres asuntos y sobre tres temáticas diferentes, protegiendo el derecho a la honra y a la reputación personal de defensores de los derechos humanos y de oficiales militares expuestos a descrédito, y garantizando el derecho a la vida privada y familiar cuando la política migratoria del Estado ha violado el derecho a la familia. El papel jugado por el Artículo V en estas ocasiones habrá sido esencial puesto que, en aquellos casos, el recurso a la DADH se erigía como la única vía disponible para guarecer a quienes habían visto violado su derecho.

1. El *Caso Oscar Elías Biscet y otros*

En la medida en que la República de Cuba no es parte en la Convención Americana, los peticionarios en el *Caso Oscar Elías Biscet y otros* acudieron ante la Comisión denunciando la violación de diferentes disposiciones de la DADH y, entre ellas, del Artículo V.

En la petición, los hechos narrados como presuntamente vulneradores del derecho contaban que el Estado había llevado a cabo una ola represiva contra activistas de derechos humanos y periodistas independientes y que, como resulta, disidentes y opositores del gobierno habían sido detenidos y arrestados, padeciendo una concatenación de acciones que atentarían contra su derecho a ser protegidos por la Ley

contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar. Al valorar la potencial violación del Artículo V de la DADH, la Comisión, de entre los hechos del caso, tomaría como relevantes a los actos de repudio sufridos tanto por las víctimas como por sus familiares. Estos actos de repudio consistían en ofensas, provocaciones y amenazas por parte de agentes del Estado en contra de los opositores al gobierno dirigidos a sus familiares, amigos o colegas. La Comisión señalaría que el propósito de los llamados actos de repudio era dar a conocer a la población los nombres y las direcciones de las víctimas, que eran catalogadas de "contrarrevolucionarios" y se alentaba a otros ciudadanos a rechazarlos y combatirlos. En esto se alegaba, por ejemplo, que consecuencia de la estigmatización oficial se desarrolló un acto de repudio en el que se quemó un muñeco que representaba a una de las víctimas y donde su familia era insultada, o que otra de ellas había sufrido un acto de repudio en el que las autoridades oficiales lo identificaban como un "mercenario al servicio de los Estados Unidos". Sobre tales hechos, la Comisión verificaría que aquellos actos de repudio buscaban desprestigiar de manera intencional a las víctimas, afectando a su honra y reputación ante la opinión pública por lo que constituían una violación al derecho a la honra y a la reputación personal.

Como es apreciable, en consonancia con lo establecido cuando se delimitó la estructura de este derecho recurriendo al uso del Artículo 11 de la Convención Americana en los informes de la Comisión, es en la medida en que se ha lesionado la fama y la reputación del individuo que se da la clave de la vulneración. La consecuencia de que la Comisión encontrase que el Estado había violado el Artículo V de la DADH sería la indicación de recomendaciones por las que Cuba debería de adoptar medidas dirigidas a cesar el daño, a garantizar su no repetición, a adaptar su legislación interna a las normas internacionales sobre derechos humanos y a asegurar la reparación de las víctimas y de sus familiares por los daños materiales e inmateriales sufridos,[45] todo lo cual, en la medida en que se demandaba tomando como base la Declaración Americana, da muestra del espectro garante de este instrumento.

[45] CIDH, Informe Nº 67/06, Caso 12.476, Oscar Elías Biscet y otros (CUBA), 21 de octubre de 2006, párr. 12, 122, 123, 232, 233, 234, 270.

2. El *Caso Tomás Eduardo Cirio*

El *Caso Tomás Eduardo Cirio* se presentaba contra la República Oriental del Uruguay abarcando hechos producidos durante un largo periodo de tiempo. Esto supondría que durante su transcurso el Estado había pasado a formar parte de la Convención Americana de manera que la Comisión resolvería el asunto tomando como base, por un lado, a la Declaración Americana en relación a los hechos acontecidos antes de la ratificación del tratado internacional en 1985 puesto que, tal y como señalaría, para esta fecha la DADH desplegaba plenos efectos para el Estado y, de otro lado, a la Convención Americana en lo tocante a las repercusiones de las medidas vulneradoras del derecho que se hubieran extendido con posterioridad a esta fecha, en la cual este instrumento ya generaba plenos efectos jurídicos. Aquí, las dos disposiciones protectoras del derecho a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar, esto es, el Artículo V de la DADH y el Artículo 11 de la Convención Americana, entrarían en juego, siendo ambas de aplicación sobre los hechos denunciados por el peticionario.

En su relato de los hechos, el peticionario, un militar retirado, denunciaba que desde 1972 no había dejado de sufrir sanciones en represalia por haber renunciado al Centro Militar por medio de una carta en donde hacía acusaciones generales sobre violaciones de derechos humanos en el marco de la lucha antisubversiva por parte de las Fuerzas Armadas en el Uruguay, llegándosele a degradar y a pasar a situación de reforma por el Tribunal de Honor. El paso a la situación de reforma de un oficial suponía la pérdida definitiva del derecho a ocupar un empleo dependiente del Ministerio de Defensa Nacional y de usar el título y el uniforme militar, así como la exposición pública del individuo como persona sin honor, además de otra serie de efectos tales como la división de sus haberes jubilatorios entre sus deudos, la pérdida del cobro del aguinaldo anual y del derecho a asistencia en Sanidad Militar o la expulsión de la Cooperativa de las Fuerzas Armadas. A tal respecto, el Estado mantenía la postura de que: "La condición militar (…) impone los rigurosos y severos deberes de obediencia, respeto y subordinación al Superior en toda circunstancia de tiempo y lugar (…) y quien pretenda substraerse a ello, cualquiera sea su motivación, debe estar dispuesto a asumir las lógicas consecuencias."

Sobre estos hechos, la Comisión acordaría que las autoridades uruguayas habían privado al Mayor Ciro de su estatus y beneficios como castigo por criticar las actividades de las fuerzas armadas en violación de los derechos humanos. Este actuar – seguiría – no

debía considerarse incompatible con los "rigurosos y severos deberes de obediencia, respeto y subordinación al Superior" puesto que la denuncia de las violaciones de derechos humanos lo complementa, y ningún militar debería padecer "lógicas consecuencias" por ello. A su vez destacaría el hecho de que a pesar de que con el tiempo se llegó a reconocer que el castigo tuvo una naturaleza política e ideológica, no se revocaron las resoluciones que lo ofendieron ni se brindaron reparaciones completas. Por todo ello, la Comisión determinaría que el Estado había violado el derecho del peticionario al presentarlo como sin moral y sin honor militar, privándolo de su estatus y beneficios como castigo por criticar las actividades de las Fuerzas Armadas y degradándolo en título y cargo, por haber "afectado el prestigio" ésta al denunciar violaciones de derechos humanos cometidas por sus miembros. Como consecuencia de que las repercusiones de las medidas vulneradoras se extendieran en el tiempo, Uruguay habría violado el derecho a la dignidad y a la honra consagrado en el Artículo V de la DADH con respecto de los hechos acaecidos antes del 19 de abril de 1985, siendo igualmente responsable internacionalmente en virtud del Artículo 11 de la Convención Americana por los hechos posteriores a aquella fecha.

Nuevamente, al igual que ocurría en el caso anterior, cuando los hechos atribuibles al Estado menoscaban la fama y la reputación del individuo se vulnera el derecho al honor y la reputación, ya sea bajo el Artículo V de la DADH o el Artículo 11 de la Convención Americana. En todo esto, es interesante observar que las recomendaciones indicadas por la Comisión al Estado se establecen sobre el hecho de que el derecho a la honra, reputación, vida privada y familiar ha sido vulnerado, siendo irrelevante en términos de su contenido si el instrumento aplicable bajo el que se ha identificado la violación es la DADH o la Convención Americana. De esta manera, en este sentido, en el ámbito de las peticiones individuales ambos instrumentos tendrían un peso equivalente, constituyendo ambos un sustento para la emisión de recomendaciones en iguales términos. En efecto, en este asunto puede verse cómo la consecuencia de la violación del derecho será la recomendación por parte de la Comisión a Uruguay de un listado único de medidas sin necesaria delimitación del instrumento específico del que derivan, las cuales consistirían, *grosso modo*, en cesar la actividad vulneradora del derecho; en restituir a la víctima todos sus derechos, beneficios, honores y prerrogativas; en reparar tanto a la víctima como a su familia en el aspecto moral y el material; y en adoptar todas las medidas necesarias de reparación y compensación para restablecer su honor y su reputación como, por ejemplo,

a través de la publicación de un comunicado en los mismos diarios utilizados en 1972, o en uno de mayor circulación si aquellos no existieren, en idéntico lugar y con las mismas características, reconociendo de manera clara la violación de derechos identificada por la Comisión.[46]

3. El *Caso de Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros*

En el *Caso de Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* la Comisión habrá tenido la oportunidad de evaluar la posible violación del Artículo V de la DADH en relación al derecho a la vida familiar.

En este asunto, los peticionarios alegaban que, al proceder a su deportación, el gobierno de los Estados Unidos – Estado no parte en la Convención Americana – había violado varios de sus derechos, entre ellos, el derecho a la familia consagrado conjuntamente en el Artículo V – derecho a la vida privada y familiar – y en el Artículo VI – derecho a constituir una familia como elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella – de la DADH. En los hechos, las presuntas víctimas eran residentes regulares y permanentes que habían sido deportadas de conformidad con el marco legal sobre inmigración y antiterrorismo del país en virtud del cual quien es condenado por un "delito grave" podrá ser deportado sin la oportunidad de recibir dispensa por un juez federal o de inmigración. Sobre esto, de un lado, las víctimas sostenían que en el momento de decidir la deportación su derecho a la familia no había sido sopesado y, de otro lado, Estados Unidos mantenía que su actuar era acorde con el derecho internacional e incluso con la propia Declaración Americana la cual, en su Artículo XXVIII, permite a los Estados limitar los derechos individuales de las personas a fin de preservar los derechos y la seguridad de otros, por todo lo cual, la deportación obligatoria de un no ciudadano condenado por un "delito grave" sería un ejercicio razonable de autoridad soberana dirigido a proteger a quienes residen en el país. Asimismo – añadiría el gobierno –, los Artículos V y VI de la DADH sólo protegen contra una acción del Estado cuando ésta se dirija directamente a perjudicar la vida de familia, pero no contra consecuencias secundarias de sus acciones legales y razonables.

[46] CIDH, Informe Nº 124/06, Caso 11.500, Tomás Eduardo Cirio (URUGUAY), 27 de octubre de 2006, párr. 1, 2, 81, 89, 93, 90, 94, 95, 134.

En el análisis del derecho, la Comisión mostrará que los efectos garantes de la DADH son amplios al afirmar que la protección proporcionada por el derecho a la familia de los Artículos V y VI de la DADH abarca tanto a la acción directa del Estado como a las consecuencias previsibles que provienen de ella. En cualquier caso, aun siendo esto así, en relación al caso a examen la Comisión diría que la acción del Estado afectó directamente a la persona generando consecuencias para su vida familiar y que las disposiciones de la Declaración Americana estarían concernidas.

Lo anterior no supone, sin embargo, que el derecho individual que protege la DADH no pueda limitarse en aras de la seguridad de todos. En efecto, tal y como fue comentado al delimitar el contenido del derecho a la honra, la reputación y la vida privada y familiar, el mismo no es absoluto y caben limitaciones a su ejercicio. La restricción del derecho – se recordará – está permitida cuando se busque proteger los derechos de terceros aunque siempre, no obstante, con sujeción a requisitos ineludibles que prevengan interferencias arbitrarias y abusivas, los cuales vienen conectados con aspectos de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la acción restrictiva del derecho. En relación a esto, en el análisis del caso la Comisión encontraría que cuando se tratan cuestiones de política migratoria debe realizarse una prueba de equilibrio puesto que no son absolutos ni el ámbito de acción del Estado ni los derechos de una persona no ciudadana. Así las cosas, la única manera de suministrar una decisión justa será poniendo en una balanza el interés legítimo del Estado de proteger y promover el bienestar general *vis-a-vis* derechos fundamentales de los residentes no ciudadanos como el derecho a la vida familiar. Esta prueba de equilibrio requiere que se sopesen una serie de elementos que representarían una defensa humanitaria del individuo contra la deportación. Siguiendo la estela marcada por el TEDH y por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), estos elementos podrían abarcar, por ejemplo, la edad que tenía el inmigrante no ciudadano cuando emigró al Estado recipiente; la duración de la residencia; sus contribuciones sociales; el alcance de sus vínculos en el país de origen o la capacidad del no ciudadano para hablar los idiomas principales de aquel país; el carácter y severidad del delito cometido, su edad en el momento de la comisión y el período transcurrido desde entonces; las pruebas de su rehabilitación y los esfuerzos realizados para obtener la ciudadanía en el Estado recipiente; la valoración de sus vínculos familiares; las penurias que constituye su deportación para su familia en el Estado recipiente y los mejores intereses de sus hijos.

La importancia de considerar estos extremos no es tema baladí puesto que, como se explicó, la limitación del derecho contenido en el Artículo V de la DADH sólo será posible con sujeción a determinados requisitos con vistas a evitar que se produzcan limitaciones arbitrarias a su ejercicio. De hecho, no someter a la decisión de restringir el derecho a los requisitos necesarios para ello será en sí mismo una violación del derecho. En efecto, en *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* la Comisión encontraría que Estados Unidos había violado el Artículo V de la DADH en tanto que omitió la realización del test de equilibrio en los procedimientos de expulsión durante los cuales habría correspondido oír la defensa humanitaria del individuo y considerar su derecho a una vida familiar en una base individualizada.

Como resulta de la identificación de una violación del Artículo V de la DADH, siguiendo la misma dinámica que en los casos anteriores, se emitirían una serie de recomendaciones para el Estado. En este asunto, la Comisión pediría a Estados Unidos que implementase las leyes para garantizar el derecho a la vida familiar de los residentes no ciudadanos, que cubriese el regreso de las víctimas, que reabriese sus procedimientos de inmigración permitiéndoles presentar sus defensas humanitarias ante la expulsión y que permitiese a un juez de inmigración competente e independiente que aplique una prueba de equilibrio y provea una reparación.[47] Con ellas, nuevamente, la Comisión se habrá dirigido a salvaguardar el derecho vulnerado con el único instrumento disponible para tal fin, con la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

VI. CONCLUSIONES

1. En la actualidad, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre es utilizada para salvaguardar el derecho a la honra, la reputación y la vida privada y familiar. En efecto, a pesar de que en los tiempos de la redacción de la DADH se la concibió como una declaración y no como un tratado internacional, esto no quiere decir que en la actualidad sea un instrumento con un mero valor histórico que deba considerarse tan sólo como una declaración de derechos que fue pionera en su momento

[47] CIDH, Informe Nº 8110, Caso 12.562, Wayne Smith, Hugo Armendariz, y otros (ESTADOS UNIDOS), 12 de julio de 2010, párr. 1, 3, 4, 23, 32, 33, 37, 48, 51, 54, 55, 58, 60, 73.

al expresar la voluntad de los Estados de iniciarse en un camino hacia un futuro compromiso a nivel internacional en la salvaguarda de los derechos humanos. Muy por el contrario, un vistazo a la práctica seguida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando resuelve las peticiones individuales muestra la aplicabilidad contemporánea de la misma y que sus disposiciones, entre ellas, el Artículo V de la DADH – garante del derecho a la honra, la reputación y la vida privada y familiar –, son utilizadas para proteger a los individuos que han visto su derecho vulnerado mediante el reconocimiento de la violación y la emisión de recomendaciones al Estado instándole a su reparación.

2. Hoy en día, la labor de la Declaración Americana es crucial para salvaguardar el derecho a la honra, la reputación y la vida privada y familiar, pudiendo llegar a posicionarse como su único garante. Efectivamente, cuando un Estado no es parte en la Convención Americana – o no lo fue durante el periodo en el que aconteció la violación del derecho – el único instrumento del que puede servirse la Comisión para resolver las denuncias de los individuos sobre una presunta vulneración de su derecho es la DADH. En estas ocasiones, cuando el derecho a la honra, la reputación y la vida privada y familiar se vea vulnerado, su protección dependerá exclusivamente de los efectos que la Declaración Americana es susceptible de desplegar, adquiriendo un rol fundamental como único instrumento garante. En este sentido, los tres casos expuestos en este artículo muestran la profundidad del papel fundamental que juega la DADH. En ellos, sin la cobertura suministrada por este instrumento la Comisión, en dos de los asuntos – en el *Caso de Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros* y en el *Caso Oscar Elías Biscet y otros* –, no habría podido pronunciarse en lo absoluto sobre la que fue identificada como una violación del derecho al honor, la reputación y la vida privada y familiar; y, en el otro – *Caso Tomás Eduardo Cirio* –, sólo podría haber señalado la violación del derecho de manera parcial puesto que parte del periodo en el que la vulneración transcurrió habría quedado fuera de su alcance en tanto que el Estado no había ratificado la Convención Interamericana.

3. En el procedimiento específico de las peticiones individuales ante la Comisión, la Declaración Americana y la Convención Americana tienen un peso equivalente en la protección del derecho a la honra, la reputación y la vida privada y familiar. Así, en este concreto proceso, ambos instrumentos constituyen en iguales

términos un sustento para las recomendaciones emitidas por la Comisión, de manera que éstas tendrán el mismo contenido garante, el cual dependerá en exclusiva de las necesidades derivadas de la reparación del derecho con independencia de que su proveniencia dimane de la aplicación de uno u otro cuerpo.

4. Al presente, la aplicación de la Declaración Americana impulsa la evolución del contenido del derecho a la honra, la reputación y la vida privada y familiar. Esto ocurre en tanto que la Comisión tiene atribuida la promoción de la observancia y la defensa los derechos humanos contenidos en la DADH, de manera que, cuando ejerce en la práctica esta labor a través de la resolución de las peticiones individuales en virtud de la cobertura que le facilita este instrumento, contribuye a nutrir de contenido al derecho y a perfilar sus lindes con una mayor precisión.

5. Por último, actualmente, la aplicación de la Declaración Americana promueve la uniformidad de la interpretación del derecho a la honra, la reputación y la vida privada y familiar en el ordenamiento jurídico internacional. Esto es así por cuanto la Comisión cuando resuelve las peticiones individuales bajo la cobertura de la DADH sigue una interpretación del derecho alineada con aquella mantenida por otros operadores del ordenamiento jurídico internacional – incluso traspasando el sistema regional interamericano de protección de los derechos humanos –, tales como la Corte Interamericana, el TEDH o el Comité de Derechos Humanos de la ONU.

Con esta consideración – y con todas las demás – se da muestra de que, a día de hoy, la Declaración Americana desempeña un rol que ha de considerarse fundamental dentro del entramado protector de los derechos humanos proporcionado desde el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

Inter-American Court of Human Rights, "Advisory Opinion oc-10/89: Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights. Requested by the government of the Republic of Colombia", July 14 1989.

Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, marzo 30- mayo 2 de 1948, Actas y Documentos, Volumen V, Comisión Quinta – Comisión Sexta, Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia 1953. En: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29661.pdf

Novena Conferencia Internacional, Bogotá, Colombia, marzo 30- mayo 2 de 1948, Actas y Documentos, Volumen VI, Conclusiones, Acta Final-Instrumentos Diplomáticos, Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia 1953. En: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29662.pdf

BUERGENTHAL, T., "La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Número especial en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la declaración americana de derechos y deberes del hombre,* 1989, 111-119. En: http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06857-5.pdf

BUERGENTHAL, T., "The revised OAS charter and the protection of human rights", *American Journal of International Law*, 69 (4), 1975, 828-839.

CAROZZA, P. G., "From conquest to constitutions: retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights", *Human Rights Quarterly*, 25, 2003, 281-313.

ESPIELL, H. G., "La Declaración Americana: Raíces Conceptuales y Políticas en la Historia, la Filosofía y el Derecho Americano", *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Número especial en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la declaración americana de derechos y deberes del hombre*, 1989, 41-64, p.59. En: http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06857-2.pdf

GLENDON, M. A., "El crisol olvidado: Influencia latinoamericana en la idea de los derechos humanos universales", *Persona y Derecho*, 51, 2004, 103-123.

MONROY CABRA, M. G., "Aplicación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Número especial en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la declaración americana de derechos y deberes del hombre*, 1989, 131-138.

NIKKEN, P., "La declaración universal y la declaración americana. La formación del moderno Derecho Internacional de los Derechos Humanos", *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Número especial en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la declaración americana de derechos y deberes del hombre*, 1989, 65-99. En: http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06857-3.pdf

PAÚL DÍAZ, Á., "La génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Relevancia Actual de sus Trabajos Preparatorios", *Revista de derecho (Valparaíso)*, 47, 2016, 361-395.

SALVIOLI, F. O., "El aporte de la Declaración Americana de 1948 para la protección internacional de los derechos humanos", *CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, 2003, p. 10. En: http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-aporte-de-la-declaracion-americana-de-1948-para-la-proteccion-internacional-de-los-derechos-humanos-fabian-salvioli.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bueno Alves *Vs.* Argentina, Sentencia de 11 de mayo de 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tristán Donoso vs. Panamá, 27 de enero de 2009.

CIDH, Informe Nº 38/96, Caso 10.506, X E Y (ARGENTINA), 15 de octubre de 1996.

CIDH, Informe N° 31/96, Caso 10.526, Diana Ortíz (GUATEMALA), 16 de octubre de 1996.

CIDH, Informe Nº 43/96, Caso 11.430, José Francisco Gallardo (MÉXICO), 15 de octubre de 1996.

CIDH, Informe Nº 49/99, Caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (MÉXICO), 13 de abril de 1999

CIDH, Informe Nº 20/99, Caso 11.317, Rodolfo Robles Espinoza e hijos (PERÚ), 23 de febrero de 1999.

CIDH, Informe Nº 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra (GUATEMALA), 19 de enero de 2001.

CIDH, Informe Nº 67/06, Caso 12.476, Oscar Elías Biscet y otros (CUBA), 21 de octubre de 2006.

CIDH, Informe Nº 124/06, Caso 11.500, Tomás Eduardo Cirio (URUGUAY), 27 de octubre de 2006.

CIDH, Informe Nº 110/09, Caso 12.470, Ricardo Israel Zipper (CHILE), 10 de noviembre de 2009.

CIDH, Informe Nº 8110, Caso 12.562, Wayne Smith, Hugo Armendariz, y otros (ESTADOS UNIDOS), 12 de julio de 2010.

CIDH, Informe Nº 121/10, Caso 12.431, Carlos Alberto Mojoli Vargas (PARAGUAY), 23 de octubre de 2010.

CIDH, Informe Nº. 80/15, Caso 12.689, J.S.C.H Y M.G.S (MÉXICO), 28 octubre 2015.

CIDH, Informe Nº 45/17, Caso 10.455, Valentín Basto Calderón y otros (COLOMBIA), 25 de mayo de 2017.

Revista Electrónica Iberoamericana ISSN: 1988 - 0618
http://www.urjc.es/ceib/ Vol. 13, Edición Especial, 2019

EL DERECHO A LA CONSTITUCIÓN DE LA FAMILIA Y A SU PROTECCIÓN

THE RIGHT TO FOUND A FAMILILY AND ITS PROTECTION

Antonio Cabanillas Sánchez[1]

Universidad Carlos III, España

RESUMEN

En este estudio se analiza fundamentalmente el artículo VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, con referencia a la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho a constituir una familia y su protección. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos evidencia que América es uno de los continentes que más ha avanzado en el reconocimiento y protección de la familia en sus diversas formas.

PALABRAS CLAVE: Declaración Americana, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Constitución de la familia, Protección de la familia.

ABSTRACT

This paper analyzes fundamentally the article VI of the American Declaration of the American Declaration of the Rigths and Duties of Man , with reference to the doctrine of the Inter-American Court of Human Rigths concerning of the right to found a family and its protection. The Inter-American System for the Protection of Human Rigths shows that America is one of the continents in wicht most significant progresses have been made in the recognition and protection of the family in its various forms.

KEYWORDS: American Declaration, Inter-American Court of Human Rigths, Constitution of the family, Protection of family.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. EL RECONOCIMIENTO DE LA FAMILIA COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DE LA SOCIEDAD. II. EL DERECHO DE TODA PERSONA A CONSTITUIR FAMILIA. III. EL DERECHO A RECIBIR PROTECCIÓN PARA LA FAMILIA. IV. REFLEXIÓN FINAL.

[1] Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Carlos III de Madrid.

INTRODUCCIÓN

Se puede afirmar que existe un consenso generalizado acerca de que la familia es una de las instituciones básicas del Derecho, tanto interno como internacional, al ser un elemento natural y fundamental de la sociedad. Tal vez el aspecto más problemático sea el de la propia configuración de la familia. Esto se advierte en los principales instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, donde aparece en primer lugar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana), cuyo artículo VI se refiere a la familia como elemento fundamental de la sociedad. Por ello se contempla en este precepto el derecho que tiene toda persona a constituir familia y a recibir protección para ella, de manera análoga a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) (art. 16). A fin de precisar tanto el concepto de familia como el derecho de constituirla y de que sea protegida, es básica la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con Observaciones Generales y Sentencias que tienen en cuenta la evolución de la familia en los diversos Estados iberoamericanos (OEA).

El derecho a la constitución y a la protección de la familia es un derecho complejo, estrechamente relacionado con otros asuntos esenciales de derechos humanos y vinculado con el derecho a la igualdad y a la no discriminación[2].

I. EL RECONOCIMIENTO DE LA FAMILIA COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DE LA SOCIEDAD

La Declaración Americana establece en el artículo VI, desde la perspectiva de los derechos humanos, que la familia es el elemento fundamental de la sociedad.

No se define a la familia, seguramente por la dificultad existente para dar un concepto unitario de familia, de igual manera que tampoco lo hacen los instrumentos que

[2] BADILLA, A.E, *El derecho a constitución y protección de la familia en la normativa y la jusirsprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, a 22086 pdf , p. 118.

configuran el Derecho Internacional de los Derechos Humanos[3], empezando por los más importantes, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) (art. 16.1) , y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (art. 23. 1).

A pesar de reconocerle su centralidad y debida protección, a lo largo de los años se han planteado dificultades para definir qué se entiende por familia y precisar el alcance de su debida protección. Con relación al concepto de familia diversos organismos de derechos humanos han indicado que no existe un modelo único de familia. El concepto de familia ha experimentado una notable evolución en el Derecho Internacional de Derechos Humanos, desde una concepción más tradicional y restrictiva hacia nociones más abiertas y plurales. Se ha debido adaptar a lo largo de los años a diversas circunstancias, contextos y realidades sociales[4].

En la Observación General, nº 19, artículo 23 - La familia, 1990, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, se considera que no es posible dar una definición uniforme del concepto de familia, ya que ésta puede diferir, en algunos aspectos, de un Estado a otro y entre las diferentes regiones de un mismo Estado. Por consiguiente, cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, nuclear y extendida, debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de las parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros.

[3] Sobre su significado, FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *El Derecho internacional de los derechos humanos* en perspectiva histórica, Thomson Reuters-Cívitas, Pamplona, 2013.

5. BELOFF, m., "Artículo 17. Protección de la familia ", *Convención Americana de Derechos Humanos comentada*. Coords: Steiner y Uribe. Suprema corte de Justicia de la Nación / Konrad Adenauer Stiftung, México, 2014, pp.389 y 394 . Sobre esta cuestión, ROCA TRÍAS, E., *Familia y cambio social* (De *la casa a la persona*), Cuadernos Civitas , Madrid, 1999, pp. 37-86 ; ROCA TRÍAS, E., *Libertad y familia* , Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2012. También VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. "Otras miradas sobre la familia. Las familias y sus funciones", *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 4915-4954.

En la normativa del Sistema Iberoamericano de Protección de los Derechos Humanos se establece una protección general de todas las familias, independientemente de cuál sea su composición, aplicando el principio jurídico de que no puede distinguirse donde la ley no distingue[5].

El reconocimiento por la Declaración Americana de la familia como elemento fundamental de la sociedad se proyecta en la Convención Americana de Derechos Humanos (Convención Americana) (art. 17.1) y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de El Salvador) (art. 15.1), así como en la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas (art. XVII-1).

La propia Asamblea General de la OEA, en la Declaración Interamericana de los Derechos de la Familia, aprobada por Resolución de 18 de noviembre de 1983, como paso previo al reconocimiento de los derechos de la familia, reconoce la importancia que reviste la institución familiar como marco indispensable para el desarrollo físico, afectivo y social del individuo y como fundamento de toda sociedad ordenada, así como que las transformaciones de la sociedad en los aspectos económicos, sociales, tecnológicos y culturales tienen incidencia en la estructura y significado de la familia.

De igual manera que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)[6], la CIDH en Opiniones Consultivas y en importantes Sentencias se refiere a la familia, siendo preciso tener en cuenta su doctrina para interpretar los instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos , relativa a la constitución y protección de la familia[7]. Los mecanismos y fórmulas instaurados por el Sistema aseguran su buen funcionamiento tomando como punto de referencia el contenido de la Declaración Americana que se sitúa en la cúspide en los procesos de interpretación y aplicación de las normas sobre derechos humanos en el continente americano[8] . Todo esto

[5] BADILLA, M.E.., *op cit*., p. 109.
[6] Sobre la Convención Europea de Derechos Humano (arts 8 y 12) y la jurisprudencia del TEDH en el ámbito de la familia, que ha influido en la de la CIDH, HARRIS, O´BOYLE and WARBRIK , " Articles 8 and 12", *Law of the European Convention on Human Rigths* , Oxford University Press, 2ª edition, 2009 ; SALES JORDI, M., *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una interpretación constructiva* , Bosch, Barcelona, 2009. Una visión de conjunto sobre la familia y su constitución en Europa por VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
[7] BADILLA, A.E., *op cit*., p. 109.
[8] DÍAZ BARRADO, C. M., "Balance y perspectivas de los derechos humanos en América", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 18, 2013, pp. 177 y 183.

se explica por la relación existente entre la Declaración Americana y las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica. El valor jurídico de la Declaración Americana se fortaleció por el propio Pacto de San José de Costa Rica, por la base legal y procedimental de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y finalmente por la interpretación realizada por la CIDH, en el desarrollo de su competencia consultiva[9].

Para determinar el significado de la familia, la CIDH establece, de conformidad con sentencias precedentes y la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999 (párr. 114), en los Casos Atala Riffo y niñas vs Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012[10] (párr. 83), y Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro)* vs Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012[11], que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Más recientemente, lo afirma la Opinión Consultiva OC—24 / 17 de 24 de noviembre de 2017. Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo (párr. 187)[12].

En la Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de junio de 1989, solicitada por el Gobierno de la República de Colombia a la CIDH sobre la interpretación de la Declaración Americana en el marco del artículo 64 de la Convención Americana, se afirma que puede considerarse 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,

[9] SALVIOLI, F. O., El *aporte de la Declaración Americana de 1948 para la protección internacional de los derechos humanos.* Ref: *www.derechos humanos.unlp.edu.art/el- aporte- de – la- declaración-americana* , 1948, p. 7.

[10] Sobre este Caso, considerado en *leading case* sobre la familia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, ZUÑIGA URBINA, E.., Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, de 24 de febrero de 2012", *Estudios Constitucionales*, Año 10, nº 1, 2012, pp. 429-469; ZUÑIGA URBINA, E., "Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, de 24 de febrero de 2012", *Revista de Derecho Político*, nº 85, 2012, pp. 349-394.

[11] Sobre esta Caso, QUISPE REMÓN, F., "La fecundación *in vitro* desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos*", Revista Española de Derecho Inrternacional*, vol. 65, nº 2, 2013, pp. 388-375.

[12] BELOFF, M. (*op cit*., p. 368), destaca la importancia de esta doctrina de la CIDH para interpretar los múltiples sentidos de la institución familiar y su debida protección.

como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA (párr. 43). La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto (párr. 44). El artículo 64.1 de la Convención Americana autoriza a la Corte para, a solicitud de un Estado miembro de la OEA o, en lo que les compete, de uno de los órganos de la misma, rendir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Declaración Americana, en el marco y dentro de los límites de su competencia en relación con la Carta y la Convención y otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos de los Estados americanos.

En la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica. Igualdad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, la CIDH señala que la interpretación de las normas debe desarrollarse a partir de un modelo basado en valores que el Sistema Interamericano pretende resguardar, desde el mejor ángulo para la protección de la persona (Caso González y otros (Campo Algodonero) vs México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 33). Es en este sentido que la Convención Americana prevé determinadas pautas de interpretación en su artículo 29, entre las que alberga el principio *pro persona* , que implican que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien en 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 (párrs 56 y 57).

La Corte se refiere al significado de la familia en varias Opiniones Consultivas y sobre todo en cuatro Sentencias, cuya doctrina hay que tener en cuenta no sólo en relación con la Convención Americana sino también con los diversos instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en el que destaca la Declaración Americana, tal como hemos apuntado anteriormente. Por ello es coherente que se analice el derecho a la constitución y protección de la familia en toda la normativa del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en conexión con la jurisprudencia de la CIDH[13]. No es infrecuente que la CIDH tenga en cuenta la

[13] BADILLA, A.E., *op cit*., pp. 108-123.

Declaración Americana al referirse a cuestiones que tienen que ver con la constitución y la protección de la familia, siendo especialmente significativa al respecto la mencionada Opinión Consultiva OC 24/17 de 26 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica, sobre identidad de género y no discriminación a parejas del mismo sexo. La CIDH considera en esta Opinión Consultiva que la protección de esta modalidad familiar se extiende a todos los instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, en general, a cualquier tratado internacional en materia de derechos humanos que contenga alguna cláusula de protección a la familia (párr. 194).

En la Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, la CIDH destaca la importancia que tiene la familia para cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar el bienestar físico y mental. Se reconoce que la familia constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana.

En esta Opinión Consultiva se tienen en cuenta las Directrices de Riad, el artículo 4 de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (1969) y la Declaraciones del Comité de Derechos Humanos de ONU. También se hace referencia a la doctrina del TEDH, que ha sostenido en diversas ocasiones que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.

De esta manera se justifica la necesidad de proteger a la familia, no limitada a la que se constituye a través del matrimonio, por ser la unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especiales los niños.

Desde la perspectiva de los familiares de la víctima de violación de derechos, la CIDH estima que el término familiares debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano.

En esta Opinión Consultiva aparece una configuración de la familia semejante a la expuesta por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en la Observación nº 7 (2005) sobre realización de los derechos del niño en la primera infancia. Este Comité tiene en cuenta el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que se refiere a la familia como el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento

y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños. El Comité reconoce que la familia aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluye a la familia nuclear, la familia extensa y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean con los derechos y el interés superior del niño.

En el Caso Atala Riffo y niñas vs Chile , Sentencia de 24 de febrero de 2012, la señora Atala demandó al Estado chileno ante la CIDH por discriminación , luego que la Corte Suprema de Justicia de Chile le negara la tuición o custodia de sus tres hijas , entregándosela al padre, porque las mismas se encontraban en una situación de riesgo, pues su entorno familiar excepcional les podía causar daños que podrían ser irreversibles, siendo preeminente la protección de las menores a otra consideración, como el respeto de la orientación sexual de la madre y de la vida familiar. Las menores tienen un derecho preferente a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que les es propio.

La Corte considera que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo tradicional de la misma. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio (párr. 142).

Si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas, no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipado y / o discriminatorios para fundamentar la decisión, por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala (párr. 146).

El Tribunal considera que dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, como derechos protegidos, las conductas en el ejercicio de la homosexualidad (párr. 139). Además, si la identidad sexual es un

componente esencial de la identidad de la persona, no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia (párr. 139).

La orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad. Por tanto, la Corte concluye que el Estado vulneró el artículo 11.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo (párr. 167).

En el Caso Duque vs Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2016[14], la CIDH acoge la doctrina establecida en el Caso Atala Riffo y niñas vs Chile , porque el entendimiento de la familia como la constituida por un hombre y una mujer, podría operar tan sólo sobre la base de un concepto limitado y esteriotipado del concepto de familia, que excluye arbitrariamente las formas diversas de familia como aquellas formadas por parejas del mismo sexo, las cuales son merecedoras de igual protección bajo la Convención Americana (párr. 84).

La Corte Interamericana ya ha establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención (párr. 104).

Se proscribe la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual, la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención. Lo anterior sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana (párr.105).

En el Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, la CIDH se refiere a los derechos a la vida privada y familiar, en relación con la prohibición absoluta de la fecundación *in vitro*, reconociéndose el papel central de la familia y el derecho a fundar una familia.

La Corte se pronuncia sobre la admisibilidad de la fecundación *in vitro,* cuya aplicación en Costa Rica había sido declarada inconstitucional.

La prohibición de practicar la fecundación *in vitro,* determinó que la CIDH estableciera que las parejas a las que fue denegada sufrieran una interferencia severa relacionada con la toma de decisión respecto a los métodos o prácticas que se deseaban

[14] TRONCOSO ZUÑIGA, C. y MORALES CERDA, N., "Caso Duque con Colombia: Un caso de discriminación estructural", *Anuario de Derechos Humanos*, Facultad de Derecho. Universidad de Chile, nº 13, 2017, pp. 135-145.

intentar con el fin de procrear un hijo. La Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Así, la Corte declara que el Estado de Costa Rica es responsable de la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de dieciocho personas. Las autoridades pertinentes del Estado deberán adoptar las medidas necesarias para que queden sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de prácticas de fecundación *in vitro* , y que las personas que lo deseen puedan hacer uso de dicha práctica sin impedimento al ejercicio de sus derechos.

En el Caso Formerón e hijas vs Argentina, Sentencia de 27 de abril de 2012[15], la CIDH reconoce la idoneidad de las familias monoparentales en relación con los niños. (párrs 94 y 99)[16]

La Corte sostiene que el disfrute mutuo de convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de la familia (párr. 45).

En relación con el concepto de familia, se reproduce la doctrina de la CIDH en el Caso Atala Riffo y niñas vs Chile.

Este Tribunal ha dicho anteriormente que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma. Adicionalmente la Corte Interamericana ha establecido que el término familiares debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano. Por otra parte, no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas (párr. 98).

[15] Sobre este Caso, BERTI GARCÍA, M. y NASAZZI RUANO, FJ, "Análisis ético-jurídico del caso Formerón e hijas vs Argentina, a la luz del derecho a la identidad biológica y al vínculo paterno filial y familiar adoptivo pleno", *Revista Internacional de Derechos Humanos,* Mendoza (Argentina), 2014, nº 4, pp. 221-218.

[16] Sobre la familia monoparental, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., "Las familias monoparentales. Una perspectiva sobre el Derecho de familia", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*", t. III, Thomson-Cívitas, 2003, pp. 4997-5013.

Asimismo, esta Corte ya ha establecido que una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño (99).

La Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, confirma la doctrina de la CIDH en los Casos Atala Riffo y niñas vs Chile y Duque vs Colombia, con una amplia exposición, muy documentada y rigurosa.

La República de Costa Rica manifestó sus dudas sobre el contenido de la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual e identidad de género establecida por la CIDH en esos Casos. Por este motivo, señala que una interpretación de la Corte respecto de los estándares señalados, sería un aporte fundamental para el Estado de Costa Rica y todos los países del Sistemas Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, toda vez que permitiría adaptar el ordenamiento interno a los estándares interamericanos, en garantía de las personas y sus derechos, es decir, permitiría fortalecer y dirigir el actuar de los Estados hacia un cumplimiento pleno de las obligaciones respecto de estos derechos humanos (párr. 2).

La Corte observa que en la actualidad existen diversas formas en que se materializan vínculos familiares que no se limitan a las relaciones fundadas en el matrimonio (párr. 179).

Una familia monoparental debe ser protegida del mismo modo que dos abuelos que asumen el rol de padres respecto de un nieto. En el mismo sentido, indiscutiblemente la adopción es una institución social que permite que, en determinadas circunstancias, dos o más personas que no se conocen se conviertan en familia. Asimismo, una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual. La Convención no protege un modelo único o determinado de familias (párr. 179).

Con respecto al artículo 17.2 de la Convención Americana, si bien es cierto que éste de manera literal reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia, esa formulación no estaría planteando una definición restrictiva de cómo debe entenderse el matrimonio o cómo debe fundarse la familia. Para esta Corte, el artículo 17.2 únicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección

convencional de una modalidad particular del matrimonio. A juicio del Tribunal, esa formulación tampoco implica necesariamente que esa sea la única forma de familia protegida por la Convención Americana (párr. 182).

Es por ello que la Corte ha estimado necesario que además de tener en cuenta todas las disposiciones que integran la Convención Americana, se requiere verificar todos los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con ella, por cuanto permiten verificar si la interpretación dada a una norma o término en concreto es coherente en el sentido de las demás disposiciones. En este sentido, la Corte advierte que los artículos 5 y 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de los Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales , Prococolo de San Salvador de 17 de noviembre de 1988, y el artículo XVII de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 15 de junio de 2016 contienen disposiciones análogas al artículo 17 de la Convención Americana (párr. 184).

Ninguno de los textos contiene una definición de la palabra familia o algún indicio de ello. Por el contrario, la formulación de las disposiciones citadas es más amplia. Así, la Declaración Americana y el Protocolo de San Salvador se refieren al derecho de toda persona de constituir una familia. Ninguno de esos instrumentos hace alusión al sexo, género o a la orientación sexual de las personas, ni hace mención específica a una modalidad de familia en particular. Por su parte, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es aún más amplia, pues se refiere a sistemas de familia propios de los pueblos indígenas (párr. 185).

Ahora bien, la Corte constata que durante los trabajos preparatorios a la adopción de la Convención, no hubo discusión alguna que versara sobre si se debía considerar a las parejas del mismo sexo como una forma de familia. Esto, sin duda, sucedió en atención al momento histórico en que dicha adopción ocurrió. No obstante, se podrían tener consideraciones similares respecto de otras modalidades familiares, incluyendo aquellas en las cuales sus integrantes no asumen roles basados en estereotipos de género (párr. 186).

A juicio del Tribunal, tales circunstancias hacen que la afirmación sostenida en reiteradas ocasiones por esta Corte y su par europeo adquiera especial fuerza y vigencia: los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que

acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. De este modo, la interpretación evolutiva confluye con la observancia del objeto y fin de la Convención Americana. Como fue establecido con anterioridad, la interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación contenidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (párr. 187).

Al respecto, la Corte Internacional de Justicia ha señalado que en determinados tratados internacionales, la intención de los Estados parte es precisamente utilizar un lenguaje cuyo significado no sea fijo, sino que sea capaz de evolucionar para permitir el desarrollo en el Derecho Internacional. En tales circunstancias, justamente para respetar la intención inicial de los Estados, es necesario realizar una interpretación evolutiva. Todo ello se encuentra fundado en la premisa que, cuando los Estados han utilizado términos genéricos en un tratado, indefectiblemente tendrían que haber sido conscientes que el significado de éstos cambiaría con el tiempo. En dichos casos, la Corte Internacional de Justicia ha establecido que, como regla general, se debe presumir que la intención de los Estados contratantes es que los referidos términos genéricos tienen y tendrán un significado que evolucionará (párr. 188).

En efecto, una interpretación restrictiva del concepto de familia que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención. La Corte recuerda que el objeto y fin de la convención Americana es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, sin distinción alguna (párr. 189).

El vínculo afectivo que la Convención protege es imposible de cuantificar o codificar, motivo por la cual, desde la jurisprudencia más temprana, esta Corte ha entendido el concepto de familia de una manera flexible y amplia. La riqueza y diversidad de la región se han visto reflejadas en los casos sometidos a la competencia contenciosa de la Corte, y ello ha dado cuenta de las diversas configuraciones familiares que pueden ser protegidas, incluyendo familias poligámicas (párr. 190).

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Corte no encuentra motivos para desconocer el vínculo familiar que parejas del mismo sexo pueden establecer por medio de relaciones afectivas con ánimo de permanencia, que buscan emprender un proyecto de vida conjunto, típicamente caracterizado por cooperación y apoyo mutuo. A juicio de este

Tribunal, no es su rol distinguir la valía que tiene un vínculo familiar respecto de otro. No obstante, esta Corte estima que si es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos de acuerdo con la Convención (párr. 191).

Por estas razones, la Corte coincide con su par europeo en cuanto que sería una distinción artificial afirmar que una pareja del mismo sexo no puede gozar de un vínculo familiar como lo podría hacer una pareja heterosexual. Asimismo, como ya se indicó, una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y / o orientación sexual. El Tribunal estima importante destacar que con ello, no se está demeritando otras modalidades de familia, ni tampoco se está desconociendo la importancia de esta institución como elemento fundamental de la sociedad ; por el contrario, la Corte le está reconociendo igual dignidad al vínculo afectivo de una pareja conformada por dos personas que son parte de una minoría históricamente oprimida y discriminada (párr. 192).

Quienes redactaron y adoptaron la Convención Americana no presumían conocer el alcance absoluto de los derechos y libertades fundamentales allí recocidos, motivo por el cual, la Convención le confiere a los Estados y a la Corte la tarea de descubrir y proteger dichos alcances conforme al cambio de los tiempos. Así, la Corte considera no estar apartándose de la intención inicial de los Estados que pactaron la Convención; por el contrario, al reconocer este vínculo familiar el Tribunal se apega a dicha intención original (párr. 193).

Ahora bien, el Tribunal estima que la protección de esta modalidad familiar tiene dos vertientes. La primera surge del artículo 1.1 de la Convención, el cual es una norma de carácter general, cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado. Asimismo, esta protección se extiende a todos los instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y, en general, a cualquier tratado internacional en materia de derechos humanos que contenga alguna cláusula de protección a la familia (párr. 194).

La segunda vertiente de la protección a este tipo de modalidad familiar, remite al Derecho interno de los Estados en virtud del artículo 14 de la Convención. Es decir, la igual protección de la ley respecto a todo ordenamiento interno de un Estado y a su aplicación (párr. 195).

En esta Opinión Consultiva, la Corte entiende que el derecho a constituir familia y a que se la misma sea protegida, no puede ser limitado o restringido a nadie, con base en su orientación sexual, porque implicaría una discriminación no permitida.

II. EL DERECHO DE TODA PERSONA A CONSTITUIR FAMILIA

El artículo VI de la Declaración Americana declara que toda persona tiene derecho a constituir familia.

La CiDH, de igual manera que el TEDH, al admitir que no existe un concepto de familia uniforme y cerrado, facilita extraordinariamente la posibilidad de constituir una familia.

En virtud de lo indicado anteriormente, el derecho a constituir una familia opera de manera independiente del derecho al matrimonio. No requiere la existencia de un matrimonio previo, o sea, puede estar o no fundada en un matrimonio[17]. Esto se explica porque existe tanto un derecho a contraer matrimonio como un derecho a no contraerlo[18]. Esta conclusión se infiere de la Declaración Americana (art. VI) y del Protocolo de San Salvador, que tampoco se refiere al matrimonio (art. 15), así como de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, cuyo artículo XVII-1 establece que los pueblos indígenas tienen derecho a preservar, mantener y promover sus propios sistemas de familia. Los Estados reconocerán, respetarán y protegerán las distintas formas de familia, en particular la familia extensa, así como sus formas de unión matrimonial. En el mismo sentido la doctrina de la CIDH, tal como hemos visto.

Al poder constituir familia toda persona, no existen restricciones por razones de raza, sexo, idioma ni de otra alguna, lo cual está en consonancia con el derecho de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo II de la Declaración Americana. La referencia a “ni otra alguna” evidencia la amplitud que se ha de conferir al derecho a constituir una familia. No se puede admitir ningún tipo de discriminación, y en concreto, las basadas en la orientación sexual de la persona, como pone de relieve la CIDH. Uno

[17] BADILLA, A.E, *op cit*., p. 111.
[18] ROCA TRIAS, E., *Familia y cambio social*, *cit*, pp. 87-135.

de los aspectos esenciales de la constitución de la familia es el relativo a la no discriminación[19].

La Declaración Americana utiliza en su artículo VI una expresión más amplia que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que reconocen de manera coincidente el derecho a contraer matrimonio y de fundar una familia. Por eso se ha entendido que esa disimilitud en la definición del derecho a constituir una familia puede tener relevancia en determinadas circunstancias, como por ejemplo, en el caso de un individuo o de una pareja no casada que quisiera adoptar[20].

Si bien es cierto que la Declaración no se opone a que se pueda constituir una familia sin contraer matrimonio, no impide tampoco, como es habitual, que se constituya mediante la celebración de matrimonio.

El derecho a constituir una familia es un derecho de toda persona, y por tanto, requiere de su libre y pleno consentimiento. Esto se establece expresamente cuando la familia se constituye en virtud de la celebración de matrimonio en la Convención Americana (art. 17), en consonancia con la DUDH (art. 16) y la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, aprobada por la Asamblea General de la ONU en su resolución de 7 de noviembre de 1962. Lo mismo hay que afirmar cuando la familia se constituye al margen del matrimonio, de conformidad con el derecho de igualdad ante la ley, contemplado por el artículo II de la Declaración Americana. El derecho a constituir familia incluye a la filiación. Precisamente, el artículo VII de la Declaración Americana se refiere a la a la maternidad y la infancia. También la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas alude a la filiación al referirse en el artículo XVII a la familia indígena.

El derecho de toda persona a constituir una familia implica en principio la posibilidad de procrear y de vivir juntos, como señala el Comité de Derechos Humanos de la ONU en la Observación General nº 19, artículo 23-La familia, 1990. La denominada

[19] BELOFF, *op cit*., pp. 400-403.
[20] O´ DONNELL, D., *Protección internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2ª edición, 1989, p. 335 ; BELOFF, *op cit*., p. 395, n. 28.

autonomía reproductiva se concreta en la decisión de si se quiere tener o no hijos, incluyendo la posibilidad de acceder a las técnicas de reproducción humana asistida[21].

La opción reproductiva se concibe a partir del derecho a constituir una familia. El reconocimiento de este derecho comporta implícitamente el derecho a tener descendencia propia. Toda persona puede decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos.

En la Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, la CIDH subraya que los padres tienen el derecho exclusivo a determinar libre y responsablemente el número y espaciamiento de los hijos.

En el Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, la CIDH relaciona el derecho a fundar una familia con la posibilidad de procrear (párr. 143).

Los problemas se plantean en torno a la planificación familiar y la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida.

En la Observación General, nº 19, artículo 23-La familia, 1990, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se afirma que cuando los Estados adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del PIDCP y sobre todo no deben ser discriminatorias ni obligatorias.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas, en la Recomendación General nº 21. La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, 1994, señala que en algunos informes se revelan prácticas coercitivas que tienen graves consecuencias para la mujer, como el embarazo, el aborto o la esterilización forzados. La decisión de tener hijos, si bien de preferencia debe adoptarse en consulta con el cónyuge o compañero, no debe, sin embargo, estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno.

La cuestión de la utilización de las técnicas de reproducción asistida se ha planteado ante la CIDH, que se refiere a la fecundación *in vitro* en Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

[21] Sobre el derecho a constituir una familia y los derechos reproductivos, FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 45-50.

En esta Sentencia, la Corte señala que la vida en común y la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia, pudiendo utilizarse la fecundación *in vitro* para combatir la infertilidad. La prohibición de la fecundación *in vitro* para combatir la infertilidad vulnera los artículos 5.1, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de las presuntas víctimas (párr. 141).

La decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye la decisión de ser madre o padre en el sentido genético y biológico (párr. 143).

La Corte considera que en el presente caso se trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas (párr. 144).

En primer lugar, el artículo 17.2 de la Convención Americana protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia (párr. 145).

En segundo lugar, el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección de la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de convertirse en padres genéticos (párr. 146).

III. EL DERECHO A RECIBIR PROTECCIÓN PARA LA FAMILIA

La Declaración Americana reconoce el derecho a la protección de la familia, al disponer el artículo VI que toda persona tiene derecho a recibir protección para ella.

La protección de la familia se reconoce como un derecho autónomo, que corresponde a toda persona, el cual se proclama junto a otros derechos que también se reconocen a toda persona[22].

Este derecho se configura en el Declaración como un derecho diverso del de constituirla. La protección de la familia presupone que la misma se ha constituido.

Aunque no lo diga expresamente la Declaración Americana, la familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado, como establecen diversos instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

La Convención Americana lo establece en el artículo 17.1 y el Protocolo de San Salvador en el artículo 15 subraya que la familia debe ser protegida por el Estado, quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material. Análogamente, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece en el artículo XVII-1 que los Estados protegerán las distintas formas indígenas de familia, en particular la familia extensa, así como sus formas de unión matrimonial, de filiación, descendencia y de nombre familiar. En todos los casos, se reconocerá y respetará la equidad de género y generacional.

La Declaración Americana (art. VI) está en conexión con estos instrumentos al referirse al derecho a la protección de la familia[23].

También hay tener en cuenta la protección de la familia por la comunidad internacional, que se añadiría a la del Estado y la sociedad. En la Proclamación de Teherán de Derechos Humanos, de 13 de mayo de 1968, se declara que la comunidad internacional debe seguir velando por la familia y el niño (art. 16).

En la Observación General, nº 19, artículo 23-La familia, 1990, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, se destaca la importancia de la cooperación

[22] BELOFF, *op cit*., p. 393.
[23] BADILLA, A.E, *op cit*., p. 116.

internacional para la protección de la familia. En este sentido se destaca que la posibilidad de vivir juntos puede implicar la adopción de medidas apropiadas, tanto en el plano interno cuanto, según sea el caso, en cooperación con otros Estados, para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros depende de razones de tipo político, económico o similares.

Este Comité de Derechos Humanos, en la misma Observación General, al referirse al artículo 23 PIDCP, en el que se reconoce que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección del Estado y de la sociedad, considera que es preciso, a fin de dar una manera eficaz la protección prevista en el artículo 23 del Pacto, que los Estados Partes adopten medidas de carácter legislativo, administrativo o de otro tipo. Los Estados Partes deberían suministrar información detallada sobre el carácter de esas medidas y sobre los medios utilizados para asegurar su protección efectiva. Por su parte, como el Pacto reconoce también el derecho a ser protegido en la sociedad, los informes de los Estados Partes deberían indicar de qué manera el Estado, y otras instituciones sociales conceden la protección necesaria a la familia, en qué medida el Estado fomenta la actividad de estas últimas, por medios financieros o de otra índole, y cómo vela porque estas actividades sean compatibles con el Pacto.

La Declaración Americana configura el derecho a la protección de la familia como un derecho humano que corresponde a toda persona, que podrá ejercitar frente a la sociedad y el Estado, aunque no lo diga expresamente, pero esto se infiere de los diversos instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, donde se enmarca esta Declaración, así como de la doctrina de la CIDH.

En la Introducción de la Declaración Americana se subraya que la consagración de los derechos esenciales del hombre va unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, con lo que se pone en evidencia la conexión existente entre los derechos humanos que reconoce, como el de protección de la familia, y el régimen interno de protección de cada Estado, que debe reconocer, como integrante de la OEA, los derechos humanos que figuran en esta Declaración.

A lo largo del texto de la Declaración Americana encontramos preceptos que constituyen aplicaciones concretas del derecho a la protección de la familia.

Los artículos V, IX y X prohíben las intromisiones abusivas, no sólo en la vida personal, sino también en la familiar, en la correspondencia y en el domicilio, teniendo toda persona derecha a la protección de la Ley.

La protección en el plano social se concreta en un conjunto de derechos imprescindibles para tener un nivel de vida adecuado atendiendo a las necesidades personales y familiares. Se reconocen y protegen los derechos propios de carácter laboral, en particular la retribución salarial y los relativos al ámbito de la Seguridad Social, como las consecuencias del desempleo, la vejez y la incapacidad por circunstancias independientes de la voluntad para obtener los medios de subsistencia (art. XVI). En este sentido, el artículo XIV dispone que toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza, le asegure un nivel de vida conveniente para si mismo y su familia.

La Declaración Americana no se refiere específicamente a los trabajadores migratorios, respecto de los cuales no sólo se han de respetar sus derechos humanos sino también los de sus familiares. El tema es importante porque a menudo la migración es causa de graves problemas para los familiares de los trabajadores migratorios, así como para los propios trabajadores, particularmente debido a la dispersión de la familia. Se aplicará la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos migratorios y de sus familiares adoptada por la Asamblea General de la ONU por Resolución de 18 de diciembre de 1990, que reconoce numerosos derechos a los trabajadores migratorios y sus familiares (arts 8 a 63).

El término familiares se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el ordenamiento aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate (art. 4).

Junto a los derechos sociales, se consagra el derecho a la propiedad privada, con expresa referencia al hogar. A tenor del artículo XXIII, toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.

Se contemplan el derecho a la protección de la maternidad y la infancia, así como la existencia de deberes para con los hijos y los padres.

Según el artículo VII, toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección y cuidados especiales. El artículo XXX establece además que toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tiene el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando estos lo necesiten.

La protección contra la discriminación es importante en el ámbito de la familia. Esta protección se concreta en la igualdad de derechos entre los que la constituyen y los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. A diferencia de la Convención Americana (art. 17), no lo dice específicamente la Declaración Americana, pero la misma es contraria a cualquier tipo de discriminación, incluidas las que pueden producirse en la familia.

El derecho de toda persona a recibir protección para la familia, implica que el Estado y la sociedad no pueden permitir ningún tipo de discriminación, especialmente frente a la mujer, de tal manera que el hombre y la mujer han de tener los mismos derechos de acuerdo con la Ley, así como también han de tener los mismos derechos los hijos dentro y fuera del matrimonio. Con carácter general, como vimos, el artículo II de la Declaración Americana dispone que todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna. No cabe ningún tipo de discriminación y, por consiguiente, tampoco en el ámbito familiar. La expresión “ni otra alguna” despeja cualquier tipo de duda que pueda albergarse. El propio artículo XVII de la Declaración establece que toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones y a gozar de los derechos fundamentales. No obstante, algunos Estados iberoamericanos obligan a la mujer a adoptar el apellido del marido, una vez casada. El tema no está explícitamente regulado en la normativa interamericana, pero sí existe una norma en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer aprobada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979, que indica que los Estados miembros asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellidos (art. 16.1 g).

El derecho a la constitución de la familia también se relaciona con la nacionalidad. El artículo XIX de la Declaración Americana precisa que toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgarla.

En relación con la nacionalidad de la mujer casada, el artículo 9.1 de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, establece que los Estados Partes otorgarán a las mujeres casadas iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge.

En la Recomendación General nº 21 del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, 1994, se afirma que una mujer adulta debería ser capaz de cambiar de nacionalidad y no debería privársele arbitrariamente de ella como consecuencia del matrimonio o la disolución de éste o del cambio de nacionalidad del marido o del padre (párr. 6).

En la Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, la CIDH considera que constituye discriminación incompatible con los artículos 17.4 y 24 de la Convención Americana estipular en el artículo 14.4 de la propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica condiciones preferentes para la naturalización por causa de matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges.

Un aspecto esencial del derecho a la protección de la familia es el relativo a su protección contra la violencia, aún por parte de los integrantes de la misma familia[24].

La Declaración Americana no se refiere específicamente a la protección de la familia frente a la violencia de género en el ámbito familiar, pero evidentemente la proscribe, ya que el artículo I dispone que todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y la seguridad de su persona.

De manera detallada la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención Belém Do Pará, de 9 de junio de 1994,

[24] BADILLA, A.E., op *cit*., p. 117.

tiene en cuenta que la eliminación de la violencia es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de la vida. El artículo 6 dispone que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros, el derecho de la mujer a ser libre de toda discriminación y el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones esteriotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989, protege a los niños contra la violencia, incluida la que pueda producirse en el ámbito familiar , al disponer el artículo 19.1 que los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas , sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual , mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

En relación con la discriminación por discapacidad, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, aprobada el 7 de junio de 1999, tiene por objetivo la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad (art. II). Para lograr los objetivos de esta convención, los estados Parte se comprometen a adoptar medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad (art. III.1).

La Convención de la Asamblea General de la ONU sobre los Derechos de las personas con discapacidad protege a las personas con discapacidad frente a toda discriminación en la familia. El artículo 23.1 (Respeto del hogar y de la familia) establece que los Estados Parte tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones que los demás.

El derecho a la protección de la familia por el Estado y la sociedad es reconocido por la CIDH en Opiniones Consultivas y en las Sentencias mencionadas.

En la Opinión Consultiva OC-17 /2002 de 28 de agosto de 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, la CIDH declara que el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.

En la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, la CIDH se refiere a las obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3.7 , 11.2 , 13, 17, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Una interpretación del concepto de familia que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre las parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención. Esta Corte estima que sí es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos de acuerdo a la Convención Americana (párr. 191).

La protección de esta modalidad familiar tiene dos vertientes. La primera surge del artículo 1.1 de la Convención. Asimismo, esta protección se extiende a todos los instrumentos del Sistema de Protección de los Derechos Humanos y, en general, en cualquier tratado internacional en materia de derechos humanos que contenga alguna clase de protección de la familia (párr. 194). La segunda vertiente de la protección de este tipo de modalidad familiar, remite al Derecho interno de los Estados en virtud del artículo 14 de la Convención (párr. 195).

La Corte estima que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (arts 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a todos los derechos y obligaciones reconocidos en el Derecho interno de cada Estado que surgen de los derechos familiares de parejas heterosexuales (párr. 199).

La Corte se refiere a algunas de las medidas de orden legislativo, judicial y administrativo que han sido emprendidas para asegurar los derechos derivados del vínculo familiar entre parejas del mismo sexo (párr. 200).

Esta Corte constató en el Caso Duque vs Colombia que diversos Estados de la región han tomado acciones legislativas, administrativas y judiciales para asegurar los derechos de parejas del mismo sexo, a través del reconocimiento tanto de la unión civil o unión de hecho, como el matrimonio igualitario (párr. 201).

Además, el Tribunal ha sostenido reiteradamente que el artículo 1.1 de la Convención tiene dos vertientes. Por una parte, se encuentra la obligación de respeto (negativa) que implica que los Estados se deben abstener de cometer actos que conculquen los derechos y libertades fundamentales reconocidas por la Convención; por otra, se encuentran las obligaciones de garantía (positivas) de los Estados. Estas obligaciones implican el deber de los Estados Parte 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. Estas obligaciones se configuran y deben manifestarse de diferentes formas, dependiendo del derecho del cual se trate. Es evidente, por ejemplo, que para asegurar la igualdad y no discriminación *de iure* y *de facto* no se requiere de los mismos actos por parte del Estado, que para asegurar el ejercicio de la libertad de expresión. Aunado a ello, se encuentra la obligación general contenida en el artículo 2 que requiere a los Estados adecuar su Derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención (párr.202).

En efecto, si un Estado decide que para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo no es necesaria la creación de nuevas figuras jurídicas, y por ende, opta por extender las instituciones existentes a las parejas compuestas por personas del mismo sexo – incluyendo el matrimonio - , de conformidad con el principio *pro persona* contenido en el artículo 29 de la Convención, tal reconocimiento implicaría que esas figuras extendidas estarían también protegidas por los artículos 11.2 y 17 de la Convención. El Tribunal considera que este sería el medio más sencillo y eficaz para asegurar los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo (párr. 218).

Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de todos los derechos de las

familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna (párr. 228).

La CIDH se refiere a la protección de la familia en los Casos Atala Riffo y niñas vs Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Formerón e hija vs Argentina, Sentencia de 27 de abril de 2012, Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012 y Duque vs Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2016.

En el Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, la Corte reitera que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, según el cual el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. El Tribunal ha establecido que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia sólo pueden proceder si están debidamente justificadas (párr. 169).

En lo concerniente a los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana , el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia , y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos , V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre , 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 del Convenio Europeo. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia (párr. 170).

En el Caso Formerón vs Argentina, Sentencia de 27 de abril de 2012, se señala que la Corte ya ha indicado que el derecho a la protección de la familia, reconocido en el artículo 17 de la convención Americana, conlleva, de manera más amplia, el desarrollo y fortaleza del núcleo familiar (párr. 116).

En el Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, se subraya que la Corte ya ha indicado que el derecho a la protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, la de favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias serán extremas (párr. 145).

En el Caso Duque vs Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2016, se plantea la existencia del derecho de la pensión de sobrevivencia cuando la pareja está conformada por personas del mismo sexo.

Esta cuestión se aborda por la Corte desde la perspectiva del derecho a la protección de la familia. Se hace referencia a la protección de las parejas del mismo sexo, afirmándose que está proscrita cualquier norma, acto o práctica de Derecho interno, sea por parte de las autoridades estatales o por particulares, que disminuyan o restrinjan los derechos de una persona a partir de su orientación sexual (párr. 104).

Se reconoce el derecho a la pensión de viudedad cuando las parejas son del mismo sexo. Se tiene en cuenta lo que ha declarado, al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en la Observación General nº 19 (Derecho a la Seguridad Social), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en la Observación General nº 20 (La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales), los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Identidad de Género , cuyo Principio 13 establece el derecho de toda persona a la Seguridad Social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación social o identidad de género) , el Comité de Derechos Humanos en la *Communication* nº 94/2000 UN y la normativa y jurisprudencia de algunos países de la región que han reconocido el acceso a las pensiones de sobrevivencia a las parejas del mismo sexo (párrfs 108-123).

En el presente Caso, las autoridades administrativas y judiciales excluyeron al señor Duque del derecho a la pensión de sobrevivencia porque en abril de 2002 las parejas del mismo sexo no tenían en Colombia el reconocimiento legal de la pensión de sobrevivencia, razón por la cual le fue negado ese derecho al señor Duque. No obstante, la Corte tiene en cuenta que el Estado no discute el carácter ilícito y contrario a la Convención Americana de las normas internas que en Colombia no permitían el reconocimiento y pago de las pensiones a parejas del mismo sexo. Pero considera que el hecho ilícito internacional del cual fue víctima el señor Duque aún no había sido subsanado en su totalidad, puesto que los pagos retroactivos que podría percibir no serían equivalentes a los que habría percibido en caso de no haber sido tratado diferentemente de forma discriminatoria (párr. 137).

El Tribunal concluye que el Estado es responsable por violación del derecho a la igualdad y no discriminación contenido en el artículo 24 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Duque toda vez que no se le permitió acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia establecida en la normativa interna colombiana (párr. 138).

Un aspecto fundamental de la familia es la filiación. La vía normal para asegurar la protección del menor tiene lugar a través de la familia. La finalidad esencial de la filiación es la de proporcionar a los nacidos un sistema de protección durante la minoría de edad. La patria potestad corresponde a quienes son considerados padres, de acuerdo con las reglas de la filiación[25].

Se observa que el derecho a la protección de la familia entraña el derecho que tienen los niños a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad , del Estado[26] e incluso de la Comunidad Internacional, como afirma la Declaración de Teherán (ap. 16).

La centralidad de la familia como derecho humano del niño es una de las reglas fuertes sobre los derechos del niño. El derecho a crecer en el ámbito de la propia familia constituye un derecho fundamental en consonancia con el respeto por la personalidad o persona de niños y adolescentes y la defensa del derecho a la identidad. A su vez, este expreso reconocimiento sobre el derecho a vivir en familia lleva ínsito el derecho a

[25] ROCA TRÍAS, E, Familia *y cambio social, cit*, pp. 203-205.
[26] BADILLA, A.E., *op cit*., p. 117.

reclamar la cooperación por parte de quién o quiénes están en condiciones para cumplir (en este caso el Estado), para remover todas las dificultades – tanto personales, sociales como económicas – que obstaculizan la real efectividad del derecho de niños y adolescentes a crecer en la propia familia y, supletoria o subsidiariamente, en otra familiar. En el Caso Formerón e hija vs Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012 se reconoce este derecho del niño, como veremos.

La protección debida por parte del Estado a la familia y al niño están íntimamente relacionadas. En la práctica, las medidas que se imponen para la protección a la familia y al niño son las mismas, tanto en lo relacionado con el apoyo material que el Estado está obligado a otorgar a las familias necesitadas como a los principios que deben respetarse en cuanto se brinda ese apoyo[27].

La protección de los hijos menores es reconocida por la Declaración Americana al disponer el artículo XXX que toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad. En esta línea, la Convención Americana precisa en el artículo 19 que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. También establece la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el artículo XXVII-2 que en asuntos relativos a la custodia, adopción, ruptura del vínculo familiar y en asuntos similares, el interés superior del niño deberá ser de consideración primaria.

En la citada Opinión Consultiva OC-17/ 2002 de 28 de agosto de 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, la CIDH se refiere al deber de la familia, de la sociedad y del Estado de proteger al niño. En este sentido se mencionan el artículo 16 del Protocolo de San Salvador y los artículos 3 y 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU.

En aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia (párr. 65).

El niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su

[27] BELOFF., *op cit*., p. 410 y n. 96.

familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente temporal (párr. 77).

La eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. No basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que éstos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño (art. 3.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

A efectos de esta Opinión Consultiva, los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, bajo el artículo 19 (Derechos del Niño) y 17 (Protección a la Familia), en combinación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales (párr. 87).

En igual sentido, se desprende de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño que los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto requiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural (párr. 88).

Cabe destacar que el Comité sobre Derechos del Niño brindó especial atención a la violencia contra los niños tanto en el seno de la familia como en la escuela (párr. 89).

El Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño (párr. 91).

En relación con los diversos tipos de familia que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo del niño, a los que se refiere el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas en la Observación nº 7 (2005) sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia, la Convención sobre los Derechos del Niño protege al niño contra cualquier forma de discriminación a causa de la condición, las actividades expresadas o las creencias de sus padres o sus tutores o de su familiares (art. 2.2) ,

incluyéndose evidentemente cualquier discriminación referente a la orientación sexual , especialmente con la pareja del mismo sexo.

La CIDH presta especial a la protección del niño en las Sentencias mencionadas, subrayando la importancia de la familia.

En el Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, la CIDH se refiere a la prohibición de discriminación, que en casos que se relacionan con menores, debe ser interpretada a la luz del artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares (párr.150).

Al respecto, la Corte resalta que las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre (párr. 151).

La Corte reitera que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, relacionado en el artículo 17 de la Convención, según el cual el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar (Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 66). El Tribunal ha establecido que la separación de los niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho (Opinión Consultiva OC-17/02, párrs 71 y 72), pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia sólo pueden proceder si están debidamente justificadas (Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 77).

En lo concerniente a los artículos 11. 2 y 17.1 de la Convención Americana, el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia, y además, está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, V de la Declaración americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 del Convenio Europeo.

Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia (párr. 170).

Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida de familia, y el artículo 8 del Convenio Europeo tiene como objetivo preservar al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas y establecer obligaciones positivas a cargo del Estado a favor del respeto efectivo de la vida familiar (párr. 171).

En el Caso Formerón e hija vs Argentina, Sentencia de 27 de abril de 2012, la CIDH afirma que el artículo 17 de la Convención Americana, conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Asimismo, como ha sido indicado en la Opinión Consultiva OC-17, una de las interferencias estatales más graves es la que tiene por resultado la división de una familia. En este sentido, la separación de niños de su familia puede constituir, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho de protección de la familia, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia biológica solo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales (párr. 116).

Por otra parte, la Corte considera que el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí, que a la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. En consecuencia, a falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos (párr. 119).

En el presente caso no se cumplió con el requisito de excepcionalidad de la separación. El juez que otorgó la guarda judicial y posterior adopción no tuvo en cuenta la voluntad del señor Formerón de cuidar y de no continuar separado de su hija. Ello a pesar de que el padre biológico manifestó dicha voluntad de manera expresa y reiterada ante diversas autoridades y particularmente en los procesos de guarda y adopción. Por otra parte, el referido juez tampoco determinó, a criterio de esta Corte, la existencia de

alguna de las circunstancias excepcionales establecidas por la Convención sobre los Derechos del Niño, tales como casos en los que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres, que hubieran permitido, excepcionalmente, la separación del padre de su hija (párr. 121).

Por otra parte, además de la separación entre padre e ihija, formalizada a partir de la sentencia en la cual se otorgó la guarda judcial por un año al matrimonio B-Z y posteriormente en el proceso de adopción, no se dispusieron medidas para vincular al señor Formerón con su hija. Ello, a pesar de que en las decisiones judiciales de guarda y adopción se determinó esta posibilidad. En noviembre de 2001, el padre biológico inició un proceso judicial para establecer un régimen de visitas. Sin embargo, y sin perjuicio del acuerdo de las partes celebrado ante el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos en mayo de 2011, no consta que en más de once años se haya dispuesto judicialmente un régimen de visitas que hubiera permitido la vinculación entre padre e hija (párr. 122).

La Corte recuerda que la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 8.1, señala que los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. El Tribunal ha reconocido el derecho de identidad, que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez. Las circunstancias del presente caso implicaron que M creciera desde su nacimiento con la familia B-Z. Este hecho generó que el desarrollo personal, familiar y social de M se llevara a cabo en el seno de una familia distinta a su familia biológica. Asimismo, el hecho de que en todos estos años M no haya tenido contacto o vínculos con su familia de origen no le ha permitido crear las relaciones familiares que jurídicamente corresponden. Por ende, la imposibilidad de M de crecer con su familia biológica y la

ausencia de medidas dirigidas a relacionar al padre con su hija afectó el derecho a la identidad de la niña M, además de su derecho a la protección familiar (párr. 123).

Con base en los anterior, esta Corte concluye que el Estado violó el derecho a la protección de la familia reconocido en el artículo 17.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 8.1 y 25.1 del mismo instrumento en perjuicio del señor Formerón y de su hija M, así como en relación con el artículo 19 de dicho tratado respecto de esta última (párr. 124).

En relación con el deber establecido en el artículo 2 de adoptar los Estados Partes las medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en esta Convención, la lectura conjunta del artículo 19 de la misma y del artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño , ratificada por Argentina el 4 de diciembre de 1990, que establece que los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma, el texto resulta claro en afirmar que el deber del Estado consiste en adoptar todas las medidas idóneas para impedir toda venta de niños, lo cual incluye, entre otras medidas legislativas, administrativas o de cualquier otro carácter, la obligación de prohibir penalmente la venta de niños y niñas, cualquiera que sea su forma y fin (párr. 139).

El Estado no investigó la alegada venta de M al matrimonio B-Z, dado que tal hecho no configuraba una infracción penal. Ello a pesar que para entonces existía la obligación del Estado de adoptar todas las medidas, entre otras penales, para impedir la venta de niños y niñas, cualquiera que sea su forma y fin. Con base en lo anterior, la Corte concluye que el Estado incumplió su obligación de adoptar las disposiciones de Derecho interno establecida en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con los artículos 19, 8.1, 25.1 y 11 del mismo instrumento en perjuicio dela niña M y del señor Formerón (párr. 144).

En el Caso Contreras y otros vs El Salvador, Sentencia de 31 de agosto de 2011, se contempla el tema de las desapariciones forzadas entre los años 1981 a 1983 de niñas y niños, por parte de diferentes cuerpos militares, en el operativo contrainsurgencia durante el conflicto armado en El Salvador.

La CIDH declara la responsabilidad internacional del Estado (El Salvador) por violación de los derechos a la protección de la familia, al nombre, a la identidad y a la

protección de los niños, reconocidos en los artículos 17, 18 y 19 de la Convención Americana. Además, aclaró que al entender el fenómeno de la desaparición forzada como una grave vulneración a derechos humanos de las víctimas directas y sus familiares, el Estado reconoce que con estos hechos se vulneró además el derecho a la protección de la familia, no sólo de A J M R, C M R, G HC, J I C, S C C y J R R , sino también de su familiares (párr. 103).

IV. REFLEXIÓN FINAL

Todo lo expuesto pone de relieve que la Declaración Americana, en conexión con los diversos textos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y la doctrina de la CIDH, tanto en Opiniones Consultivas como en Sentencias, muy documentadas y bien fundamentadas, es un instrumento esencial para hacer efectivo un derecho humano tan importante como el de constitución y protección de la familia, siendo la familia el elemento natural y fundamental de la sociedad. La Declaración Americana se adecua por su flexibilidad a la evolución de la familia en los países de la OEA, en línea con la doctrina de la CIDH.

BIBLIOGRAFÍA

. BADILLA, A.E., *el derecho a constitución y la protección de la familia y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 22086 pdf

. BELLOFF, "Artículo 17. Protección de la familia", *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. Coords: Christian Steiner y Patricia Uribe. Supremo Corte de Justicia de la Nación /Konrad Adenauer Stiftung, México, 2014

. BERTI GARCÍA, M. y NASAZZI RUANO, F., "Análisis ético-jurídico del caso Formerón e hijas vs Argentina, a la luz del derecho a la identidad biológica y al vínculo paterno filial y familiar adoptivo pleno", *Revista Internacional de Derechos Humanos* , Mendoza (Argentina),2014,nº 4

. DÍAZ BARRANCO, C.M., "Balance y perspectivas de los derechos humanos en América", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 18, 2013

. FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones* , Atellier, Barcelona, 2011

. FERNÁNDEZ LIESA, C.R., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Thomson Reurters-Civitas, Pamplona, 2013

. HARRIS, O' BOYLE and WARBRICK, "Articles 8 and 12", *Law of the European Convention on Human Rigths*, Oxford University Press, 2ª edition, 2009

. O' DONNELL, D., *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2ª edición, 1989

. QUISPE REMÓN, F., "La protección de los derechos humanos en el sistema interamericano: su evolución y una visión actual", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 32, 2016

. QUISPE REMÓN, F., "La fecundación *in vitro* desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 65, nº 2, 2013

. SALES JORDI, M., *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una interpretación constructiva* , Bosch, Barcelona, 2009

. SALVIOLI, F.O., *El aporte de la Declaración Americana de 1948 para la protección internacional de los derechos humanos* . Ref: www.derechoshumanos. unlp .edu.art/el-aporte-de-la-declasracion-americana

. TRONCOSO ZUÑIGA, C. y MORALES CERDA, N ., " Caso Duque con Colombia : Un caso de discriminación estructural", *Anuario de Derechos Humanos.* Facultad de Derecho. Universidad de Chile, nº 13, 2017

. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., "Otras miradas sobre la familia: las familias y sus funciones", *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo*, t. II , Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004

. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., "Las familias monoparentales. Una perspectiva sobre el Derecho de familia", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. III , Thomson-Civitas, 2013

. ZUÑIGA URBINA, E., "Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, de 24 de febrero de 2012, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Año 10, nº 1 , 2012

. ZUÑIGA URBINA, E., "Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo niñas vs Chile , de 24 de febrero de 2012, *Revista de Derecho Político* , nº 85, 2012

Revista Electrónica Iberoamericana ISSN: 1988 - 0618
http://www.urjc.es/ceib/ Vol. 13, Edición Especial, 2019

LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ Y EL EJERCICIO DEL DERECHO DE PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD Y A LA INFANCIA. UN DESAFÍO PARA LA CONVERGENCIA CON EL ENFOQUE DE DESARROLLO HUMANO EN AMÉRICA LATINA

THE DECLARATION OF BOGOTÁ AND THE EXERCISE OF THE RIGHT TO PROTECTION OF MOTHERHOOD AND CHILDHOOD": A CHALLENGE FOR CONVERGENCE WITH THE HUMAN DEVELOPMENT FOCUS IN LATIN AMERICA.

Carolina Romano

Universidad Católica de Salta, Argentina.

Universidad de Estudios Internacionales de Xi'an, China

RESUMEN

Han pasado setenta años de la aprobación de la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre** por la IX Conferencia internacional americana realizada en Bogotá en 1948, constituyéndose así en el primer compromiso internacional sobre derechos humanos. En el cuerpo de esta declaración, de los veintiocho artículos donde se describen estos derechos, este aporte centrara su atención en el artículo VII de la protección de la maternidad y la infancia.

La protección de la maternidad y la infancia en América latina es uno de los principales desafíos para la región, dado por las características demográficas de su población. El desarrollo progresivo de los derechos humanos ha generado que los países adopten estos principios con el propósito de preservar y fortalecer los derechos del individuo, haciendo énfasis en una marcada tendencia hacia la protección de grupos vulnerables, con la intervención de mecanismos internacionales de protección en el marco de la cooperación internacional.

El presente capitulo intentará describir de forma sintética el contexto histórico, político y social de la región para determinar la situación actual en el ejercicio del derecho a la protección de la maternidad y la infancia.

PALABRAS CLAVE: Declaración Americana, Protección a la maternidad y la infancia, enfoque de Desarrollo Humano en América Latina.

ABSTRACT

Seventy years have passed since the approval of the American Declaration of the Rights and Duties of Man for the IX American International Conference held in Bogotá in 1948, thus constituting the first international commitment on human rights. In the body of this statement conteins twenty-eight articles, this contribution will focus on Article VII about of the protection of motherhood and childhood.

The protection of motherhood and childhood in Latin America is one of the main challenges for the region given the demographic characteristics of its population. The progressive development of human rights has led countries to adopt these principles with the purpose of preserving and strengthening the rights of the individual, emphasizing a marked tendency towards the protection of vulnerable groups, with the intervention of international mechanisms of protection in the framework of international cooperation.

This chapter will describe the historical, political and social context of the region to determine the current situation in the exercise of the right to protection of motherhood and childhood.

KEYWORDS: American Declaration, Protection of motherhood and childhood, Human Development in Latin America.

SUMARIO: 1. DERECHO DE PROTECCION A LA MATERNIDAD YA LA INFANCIA, 1.1. Setenta años de inestabilidad política en América Latina. 1.2 Protección a la maternidad y a la infancia. 2. LA DECLARACIÓN EN EL MARCO DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO. COMENTARIOS FINALES

* * *

1. DERECHO DE PROTECCION A LA MATERNIDAD YA LA INFANCIA.

Artículo VII: Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales.

1.1 Setenta años de inestabilidad política en América Latina.

La región se ha caracterizado desde el momento de la Declaración hasta nuestros días por la inestabilidad política. Esta inestabilidad ha sido marcada por democracias jóvenes y frágiles, por procesos dictatoriales, guerras civiles y cambios antagónicos en los sistemas políticos.

La delicada situación las naciones americanas, no solo estuvo marcada por violaciones a los derechos humanos derivadas de golpes de Estado y revoluciones sino también por la creciente vulnerabilidad de los sistemas democráticos flagelados por el avance de los carteles de narcotráfico y las maras.

En paralelo a la evolución del sistema interamericano, han seguido violentas protestas, desórdenes, sublevaciones y represión que dejaron en evidencia la imperiosa necesidad en tres aspectos relevantes establecidos en la Declaración: respetar los derechos y libertades, garantizar su libre y pleno ejercicio y adoptar las medidas que permitan hacerlos efectivos.

Junto a la creación en el año 1959 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se han recibido y tramitado comunicaciones individuales sobre violaciones a los derechos proclamados por la Declaración Americana. Es para destacar su accionar, ya que ha solicitado información sobre estos casos a los Estados y ha obtenido frecuentemente respuesta. Ha practicado observaciones con la anuencia de los mismos Estados, adoptando resoluciones donde constata violaciones de los derechos consagrados en la Declaración, logrando formular recomendaciones precisas a los gobiernos involucrados. Durante este tiempo, las resoluciones también han seguido su camino abonando el sistema, pues han sido publicadas y remitidas a la Asamblea General de la OEA.[1]

[1] GROS ESPIELL, H. "La Declaración Americana: Raíces Conceptuales y Políticas en la Historia, la Filosofía y el Derecho Americano". *Revista Instituto Interamericano de DD.HH.*, Número especial en conmemoración del 40° aniversario de la DADDH (San José de Costa Rica, 1989), pp. 41

Esta evolución, hace evidenciar el discutido valor jurídico de la Declaración, debido a que no forma parte de la Carta de la OEA, pero cuyos principios han sido tomados en cuenta por algunos países miembros de la OEA, como es el caso de México y de Argentina, que le han otorgado jerarquía constitucional.

Lo cierto hasta aquí es que la Declaración seguirá ocupando un lugar destacado en el progresivo desarrollo del sistema de protección internacional de los derechos humanos en nuestra región.

1.2 Protección a la maternidad y a la infancia.

La Declaración ha servido para orientar a los Estados en la creación de las condiciones jurídicas, institucionales, sociales y económicas para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en ella. Es para destacar, también, la importancia del accionar de los órganos encargados de la protección regional de los derechos humanos en América. Es la Comisión la encargada de aplicar este instrumento en sus procedimientos de peticiones individuales en contra de los Estados que no han ratificado la Convención Americana, los que alcanzan a un tercio de la población del continente americano.

Pero es necesario mencionar que la protección a la maternidad y a la infancia avanza por caminos paralelos, y serían necesarias soluciones convergentes.

Protección a la infancia.

La infancia cuenta con derechos fundamentales consagrados por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Declaración a la que estamos haciendo referencia pero también a la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros y en cada uno de ellos se encuentran enumerados derechos esenciales para su protección. En este sentido ocupa un lugar privilegiado la Convención de los Derechos del Niño, que promueve el reconocimiento de derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, considerándolos como interdependientes y complementarios para asegurar la protección integral de la infancia. Es por ello que la contribución se refuerza en el impacto que ha tenido la convención, en

su carácter de instrumento internacional específico de protección de derechos humanos, que goza de mayor aceptación internacional.

Esto ha generado que se adopten medidas positivas para garantizar en forma activa el acceso a los derechos, en particular la educación, la salud y la protección social de la infancia.

En el camino progresivo de protección que ha marcado la Declaración, ha generado los antecedentes para que la gran mayoría de los países de América Latina implemente instrumentos, como la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, leyes generales de protección o códigos de niñez. Son para destacar los casos de la Argentina (2005), Bolivia (Estado Plurinacional de) (1999), el Brasil (1990), Colombia (2006), Costa Rica (1998), el Ecuador (2003), El Salvador (2009-2010), Guatemala (2003), Honduras (1996), México (2000), Nicaragua (1998), el Paraguay (2001), el Perú (1992), la República Dominicana (2003), el Uruguay (2004) y Venezuela (República Bolivariana de) (2000). Morlachetti, Alejandro. (2010).

En estos países se ha incorporado esta legislación como una "Ley de Protección Integral". Lo característico de estos cuerpos jurídicos, de acuerdo al estudio realizado por la CEPAL, es que sistematizan en una norma diversos aspectos que antes dependían de normativas legales dispersas[2].

Como resultado de estas incorporaciones, los Estados se obligan a asegurar los derechos reconocidos bajo su jurisdicción. Morlachetti, A. (2010), señala que "si bien todos los países de la región han ajustado su legislación nacional a sus principios y mandatos, los niveles de implementación y funcionamiento de las instituciones nacionales que componen los sistemas de protección se encuentran en proceso y por lo tanto generando estados de situación diversos y heterogéneos en cuanto a su cumplimiento".

Las leyes de protección tienen numerosos artículos y disposiciones sobre prohibición de trabajo infantil en América Latina. Todos los países de la región cuentan con un marco normativo que establece limitaciones sobre la edad mínima para trabajar, regulación del trabajo de adolescentes, lista de trabajos prohibidos para menores de 18

[2] Morlachetti, Alejandro. (2010). Legislaciones nacionales y derechos sociales en América Latina. Análisis comparado hacia la superación de la pobreza infantil. Series de políticas públicas. – Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL.

años. Sin embargo, los países latinoamericanos establecen diferentes criterios para definir los alcances del trabajo infantil y en los casos que están prohibido. Los rangos etarios oscilan entre los 12 a 17, en algunos países se establecen excepciones en cuanto a la labor artística, agrícola y doméstica. También, estas limitaciones tienen que ver con jornadas de trabajo o condicionan la autorización a trabajar de los menores de 15 años mientras no entorpezca la asistencia regular a la escuela. En estos marcos legales, se reglamentan las condiciones de trabajo de los menores autorizados a trabajar, regulando el salario, jornadas de trabajo, licencias, entre otros.

Es necesario comprender entonces que la incorporación de los instrumentos internacionales resulta un paso importante pero insuficiente para la concreción efectiva de los derechos, ya que es prioritario contar con instituciones facultadas para su realización y verificación de su cumplimiento efectivo.

Por todo esto, en el contexto americano, se hace urgente generar políticas que pongan en el centro de la escena a la infancia como sujetos de derechos, y transformen en prioridad política y programática esta protección. [3]

El tránsito de la Declaración, se ha caracterizado por el cambio hacia el paradigma de la protección integral sobre el que se debe asentar todo sistema de protección. Este accionar se ha ido proyectando en el marco de la cooperación internacional en organismos gubernamentales y no gubernamentales que integran el sistema, llegando a una reflexión sobre sus prácticas y propuestas de acción para la construcción de espacios inclusivos.

Se puede mencionar como ejemplo de ello la Declaración de Pucón, adoptada por la X Conferencia Iberoamericana de Ministras, Ministros y Altos Responsables de la Infancia y la Adolescencia (2007) que destacó la importancia de "...promover, impulsar y fortalecer la implementación de sistemas de protección integral, sustentados en la promoción de la construcción de ciudadanía en el nivel regional y local como parte de una progresiva descentralización, en vistas de facilitar, el acceso de niños, niñas y adolescentes a los diversos servicios ofrecidos para su desarrollo en su medio territorial

[3] BUERGENTHAL, T. "La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos". *Revista Instituto Interamericano de DD.HH., número especial en conmemoración del 40° aniversario de la DADDH* (San José de Costa Rica, 1989), p. 111.

más cercano procurando la adecuación de estos servicios a las particularidades de cada territorio."

Un abordaje integral sobre los derechos de la infancia exige una mirada transversal a los organismos públicos, políticas, programas y prácticas. Esto ha presentado una transformación sustancial en el diseño e implementación de esas políticas, incluyendo la definición de competencias a organismos especializados en la protección de la infancia.

El compromiso político se ha ido reafirmando de esta manera en la XII Conferencia Iberoamericana de Ministras, Ministros y Altos Responsables de Infancia y Adolescencia (2010) se afirmó que "los sistemas de protección integral de la infancia y la adolescencia requieren de una institucionalidad fuertemente articulada y coordinada por entes suficientemente facultados, y de presupuestos públicos que contemplen una inversión en la niñez que de manera efectiva y plena garantice sus derechos".

Los esfuerzos de cooperación internacional están canalizados principalmente por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), que ha definido su estrategia de protección de la infancia, como un conjunto de leyes, políticas y servicios necesarios como el ámbito del bienestar social, la educación, la salud y la justicia a fin de apoyar la prevención de los riesgos relacionados con la protección y la respuesta/ reparación en este sentido. (UNICEF, 2008 pág. 12.).

Los tradicionales esfuerzos de protección, hasta el momento han sido focalizados y fragmentados según algunas de las problemáticas o situaciones de mayor vulnerabilidad más usuales de la infancia. Se evidencia la existencia de multiplicidad de programas o incluso subsistemas para la prevención del abuso, violencia, trabajo infantil, cuidados alternativos para la niñez en situación de calle y/o jóvenes en conflicto con la ley, entre otros. Estos programas deberían tratar de proteger a toda la niñez y unir a todos los actores detrás de un conjunto de objetivos comunes, y la capacidad de respuesta no solo inmediata sino también de largo plazo, bien coordinada y articulada. (MEDINA QUIROGA, C. y NASH ROJAS, C. 2011.).

Se hace evidente la necesidad de fortalecer un enfoque integral para abordar la protección de la infancia en situación de vulnerabilidad, en una estructura integral. El desafío continúa siendo lograr un conjunto de partes organizadas y relacionadas que puedan interactuar entre sí por el objetivo común.

Protección de la maternidad

La protección de la maternidad resulta esencial para la salud y bienestar de las mujeres y de sus hijos. Se hace necesario dimensionar los alcances de esta protección en diferentes aspectos como el acceso de la mujer a un trabajo decente, a la igualdad de género y presta especial atención a los grupos vulnerables.

En cuanto a la protección de la maternidad en América Latina, los esfuerzos que han surgido de la Declaración están relacionados con la precariedad laboral, salud sexual y reproductiva, centrados principalmente en el seguimiento del embarazo adolescente, la protección escolar de las adolescentes embarazadas, entre otros.

En el marco de los avances, es para destacar el aporte anterior a la Declaración realizado por parte de la OIT adoptando tres convenios y revisiones sobre este tema. El Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 definiendo el tiempo, alcance y los derechos de la protección de la maternidad en el trabajo. Este marco ha propiciado una guía detallada para orientar la acción y las políticas nacionales. Las que han seguido un camino progresivo en la materia incorporado sus revisiones y actualizaciones.[4]

Es importante mencionar que la protección de la maternidad y lactancia cuenta con un marco legal que incluye la protección de la madre antes y después del parto como parte de la protección de la persona por nacer y/o recién nacida. En el estudio realizado por Morlachetti, A. (2010), la protección de los derechos relacionados con la salud sexual y reproductiva forma parte de las constituciones de Brasil, Estado Plurinacional de Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, y República Bolivariana de Venezuela. Para los países como Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, y Paraguay, la legislación de niñez y adolescencia contiene normas para la prevención de embarazos adolescentes mediante el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva.

En otros países, de acuerdo al estudio mencionado, existen legislaciones de carácter general que incluyen previsiones sobre paternidad y maternidad responsable y planificación familiar, como en el caso de la Ley de Desarrollo Social de Guatemala, la

[4] Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA). "Políticas públicas de juventud y derechos reproductivos: limitaciones, oportunidades y desafíos en América Latina y el Caribe". *Equipo de Apoyo Técnico para América Latina y el Caribe*. México. (2018).

ley 7735 General de Protección a la Madre Adolescente de Costa Rica, la Ley Orgánica de Salud de Ecuador, la Ley de Igualdad de Oportunidades Para La Mujer de Honduras, la Ley General de Salud de México, la Ley General de Salud de Nicaragua y la Ley de Igualdad de Oportunidades de Panamá.[5]

La educación sexual, se ha incorporado como una obligación del Estado en la legislación de Argentina, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, Perú y República Bolivariana de Venezuela. Para los países como Panamá y Costa Rica se promueven programas y cursos informativos de educación sexual, particularmente dirigidos a las madres adolescentes, con el propósito de evitar la posibilidad de otro embarazo no planeado. Es para comprender a la luz de este análisis que en varios países de América Latina, la legislación en esta materia prescinde de la prevención explícita del embarazo adolescente.

La atención y acceso a servicios médicos por parte de personas menores de edad, en especial adolescentes, la legislación presenta una tendencia restrictiva. La legislación no es clara sobre los términos del cumplimiento o no de las reglas de confidencialidad, secreto profesional, acompañamiento/tutela y consentimiento informado[6].

Es relevante mencionar cuatro casos excepcionales sobre este tema, que lo constituye la Argentina, Bolivia y Panamá. La posición Argentina, establece por Decreto 1282/2003 reglamentario de la Ley 26150, el interés superior y la Convención sobre los Derechos del Niño, definiendo que las personas menores de edad tendrán derecho a recibir, a petición suya y de acuerdo a su desarrollo, información clara, completa y oportuna; manteniendo confidencialidad sobre la misma y respetando su privacidad. Se deja aclarado que las consultas se realizaran en un clima de confianza y empatía, procurando la asistencia de un adulto de referencia para los casos de los adolescentes menores de 14 años.

[5] Morlachetti, Alejandro. (2010). Legislaciones nacionales y derechos sociales en América Latina. Análisis comparado hacia la superación de la pobreza infantil. Series de políticas públicas. – Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL.

[6] Morlachetti, A. (2008). Políticas de Salud Sexual y Reproductiva Dirigidas a Adolescentes y Jóvenes: Un Enfoque Fundado en los Derechos Humanos, Notas de Población. N 85 – Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL.

La Ley de consentimiento informado de Panamá de 2003 determina que los menores emancipados y los adolescentes mayores de 16 años podrán personalmente dar su consentimiento.

La Ley sobre Derechos Sexuales y Reproductivos del Estado Plurinacional de Bolivia establece reserva y confidencialidad en lo referente a consultas realizadas por adolescentes y jóvenes sobre sexualidad y reproducción.

Por último, es para destacar el Código de Niñez Costarricense que prohíbe alegar ausencia de representantes legales, carencia de documentos de identidad y falta de cupo en lo referido a la atención médica.

En cuanto a las referencias a la protección de la lactancia materna en la mayoría de los Códigos y leyes de protección de la infancia, los países han adoptado un marco legal específico para la materia, las que se pueden establecer de acuerdo a la publicación de referencia de CEPAL como: la Ley 20.166 de Chile, la Ley 3460 de fomento a la lactancia materna y comercialización de sus sucedáneos del Estado Plurinacional de Bolivia, la Ley 7430 de Fomento de la Lactancia Materna de Costa Rica, la Ley 8-96 sobre Lactancia Materna de la República Dominicana, la Ley 17803 Uruguay que crea mecanismos de promoción de la lactancia materna y la Ley de promoción y protección de la lactancia materna de la República Bolivariana de Venezuela.

Para comprender estos esfuerzos es necesario contextualizarlos en una realidad creciente, América Latina y el Caribe continúan siendo las subregiones con la segunda tasa más alta en el mundo de embarazos adolescente. Esto lo señala un informe publicado por la Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud (OPS/OMS), Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA).

Según reporta UNFPA, “en los últimos 30 años en América Latina y el Caribe la fecundidad total ha disminuido pero la tasa de fecundidad en las adolescentes solo se ha reducido levemente”, esto quiere decir que a pesar de los esfuerzos, es la única región del mundo con una tendencia ascendente de embarazos en adolescentes menores de 15 años. Este informe describe una serie de recomendaciones para reducir esta situación y promueve programas multisectoriales de prevención.

El informe mencionado establece que un 15% de todos los embarazos ocurre en adolescentes menores de 20 años y 2 millones de niños nacen de madres con edades entre los 15 y los 19 años en la región. Para la Directora Regional de UNICEF, Marita Perceval, "las niñas indígenas, en particular en áreas rurales, tienen una mayor probabilidad de tener un embarazo a temprana edad. Muchas niñas y adolescentes tienen que abandonar la escuela debido a un embarazo, lo que tiene un impacto a largo plazo en las oportunidades de completar su educación e incorporarse en el mercado laboral, así como participar en la vida pública y política. Como resultado, las madres adolescentes están expuestas a situaciones de mayor vulnerabilidad y a reproducir patrones de pobreza y exclusión social"

En la región, una de las principales causas de muerte en adolescentes y jóvenes de 15 a 24 años es la mortalidad materna. De acuerdo a las estadísticas del informe mencionado, en 2014, fallecieron cerca de 1900 adolescentes y jóvenes como resultado de problemas de salud durante el embarazo, el parto y el posparto. En comparación a nivel global, el riesgo de muerte materna se duplica en madres más jóvenes de 15 años en países de ingreso bajo y mediano. Las muertes perinatales son un 50% más alta entre recién nacidos de madres menores de 20 años en comparación con los recién nacidos de madres de 20 a 29 años, según indica este informe.

2. LA DECLARACIÓN EN EL MARCO DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO

Las últimas décadas, como se mencionó al principio, han sido períodos de turbulencias y complejidades en el ambiente económico, político, social, tecnológico y cultural, dando origen a cambios de diferentes escalas, local, nacional, regional y global. Pero sin dudas que junto a esta dinámica, el pensamiento humanista que inspiró la Declaración ha seguido su camino, transformando también el concepto de desarrollo humano. Como resultado de ello, se profundizo incluyendo aspectos como **Cooperación, Equidad, Seguridad y Sustentabilidad.** El desarrollo humano concentra ineludiblemente una preocupación por ampliar opciones individuales, como se describirá a continuación.

Amartya Sen en su obra “Desarrollo y Libertad” (2000), establece una particular forma de examinar la riqueza y el desarrollo, a los cuales se los puede contemplar como medios muy poderosos con los que se puede acceder a condiciones óptimas de bienestar y de libertad. Desde estos puntos de vista, el desarrollo no es un fin en sí mismo, sino un medio para llegar al bienestar personal, para el progreso individual y la movilidad social, lo que establece mediante un enfoque de capacidades. “Sen enumera una serie de faltas de libertad que influyen directamente en el desarrollo de las personas; destacan el hambre y la desnutrición, la enfermedad por insalubridad y por la falta de medios para evitarla y /o tratarla, la falta de libertad política encarnada por la denegación de derechos humanos a muchas personas, o la desigualdad entre hombres y mujeres”.7 (Sen 2000:3)

El autor analiza uno de los pilares del desarrollo humano: la actitud y ejecución de su vida activa (o agencia) de las mujeres. Empieza explicando como las exigencias feministas están empezando a considerar a la mujer como un agente social y económico más, ampliando por tanto el ámbito de sus exigencias desde los derechos que se les deben para mejorar su bienestar a aquellos que tienen que ver con su desempeño como personas, lo que el autor llama “agencia”.

El enfoque de la libertad humana propuesto por Amartya Sen contrasta con los enfoques que identifican al desarrollo con el crecimiento del producto interno bruto, el incremento de los ingresos personales, los niveles de industrialización, el avance tecnológico, o con la modernización social. Para el ganador de premio Nóbel de Economía 1998, Sen, estos últimos son importantes, pero sólo como medios para avanzar las libertades que finalmente conducirán al desarrollo. La libertad, para él, depende de determinantes tales como por ejemplo, las instalaciones educativas y de salud, las libertades políticas y civiles, o la libertad de participar en debates o investigaciones públicas. El enfoque de Sen centra su trabajo en los logros relacionados con la libertad humana.

La libertad se convierte en la herramienta más poderosa para la protección de la maternidad y la infancia en un Enfoque de Desarrollo Humano.

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Humano (PNUD), define al Desarrollo Humano como el "proceso conducente al mantenimiento y ampliación de

.7 (Sen 2000:3)

las opciones de las personas en todas las esferas; estas opciones se crean y recrean con la expansión de las capacidades humanas y su aprovechamiento"8(PNUD, 2002). Determina que en todos los niveles del desarrollo, existen capacidades y opciones esenciales que permiten que las personas participen en la sociedad y se desarrollen plenamente. Estas capacidades y opciones esenciales son: mantenerse vivo gozando de salud y de una vida larga; obtener conocimientos, comunicarse, participar en la vida de la comunidad y contar con los recursos necesarios para llevar una vida digna. No poder desarrollar alguna de estas capacidades hará que otras oportunidades se vuelven inaccesibles.

Sumadas a las capacidades expuestas, el PNUD enuncia otras opciones relevantes para el Desarrollo Humano, entre ellas cita: "la libertad política, económica, social y cultural; la disponibilidad de oportunidades con fines productivos o de creación; el respeto por sí mismo; el ejercicio pleno de los derechos humanos; y la conciencia de pertenecer a una comunidad"(PNUD, 2002.).

Cada vez es más utilizado el enfoque de las capacidades humanas desarrollado por Amartya Sen, que sirve como marco de referencia para el establecimiento de los Objetivos del Milenio y los Objetivos de Desarrollo Sostenible en la Agenda 2030. Para él, “las capacidades comprenden las oportunidades reales y actuales que las personas tienen para tomar decisiones informadas para poder garantizarse una vida y las actividades que tienen razones para valorar. Capacidad refleja: “la libertad de una persona de escoger entre diferentes maneras de vivir” (Sen 2000).

El autor afirma que el crecimiento del producto interno bruto, el incremento de los ingresos personales, los niveles de industrialización, el avance tecnológico, o la modernización social, son importantes, sólo en la medida que sean utilizados como medios para avanzar las libertades que finalmente conducirán al desarrollo. La libertad obedece a otros determinantes tales como instituciones sociales y políticas que garanticen, por ejemplo, la libertad de participar en debates o investigaciones públicas, las instalaciones educativas y de salud, las libertades políticas y civiles.

[8]Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Humano (PNUD). INFORME NACIONAL DE DESARROLLO HUMANO (INDH) – ARGENTINA 2002.

Es por ello que el enfoque de desarrollo, de acuerdo a los avances generados en el marco de la cooperación internacional, lograrían la convergencia entre la realidad y el ejercicio pleno de los derechos establecido en la Declaración aportando en:

Fortalecimiento democrático y goce pleno de los DDHH.

Promoviendo una reforma educativa que asegure cobertura y equidad, así también pueda prevenir y proteger a la maternidad y la infancia.

Avance en la reducción de la pobreza y exclusión social.

Garantice el acceso a infraestructura y servicios para mejorar la calidad de vida.

El desarrollo puede ser entendido como el proceso de ampliación de las capacidades de la población para realizar actividades elegidas libremente y que la gente considera valiosas9. La ampliación de las capacidades contribuye de manera directa e indirecta a la consecución del desarrollo: indirecta, aumentando la productividad (y, consecuentemente, mayor crecimiento), control del cambio demográfico; directa: afectando el ámbito de las libertades, el bienestar social y la calidad de vida.

Este es el marco de acción para valorar los Derechos Humanos. A grandes rasgos los Derechos Humanos pueden definirse como los derechos inherentes a nuestra naturaleza, sin los que no podemos vivir como seres humanos. Los derechos humanos y las libertades fundamentales nos permiten desarrollarnos plenamente y hacer uso de nuestras cualidades humanas, nuestra inteligencia, nuestras aptitudes y nuestra conciencia, así como satisfacer, entre otras, nuestras necesidades espirituales. Los derechos humanos se basan en el deseo, cada vez más extendido en la humanidad, de vivir una vida en la que se respeten y protejan la dignidad y valor inherentes de cada ser humano.

La ausencia de esos derechos no sólo constituye una tragedia individual y personal sino que también crea las condiciones de la inestabilidad social y política donde germinan la violencia y los conflictos que se producen entre las sociedades y las naciones y dentro de éstas. Este es el reflejo del pensamiento americano contenido en la Declaración, que hoy necesita de una visión integral para lograr su ejercicio pleno.

[9] Esta definición pertenece a Amartya Sen y puede ser hallada en sus textos más clásicos. (Por ejemplo Sen, 1992.) Posteriormente fue adoptada por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

En la actualidad, el marco de cooperación internacional está centrado en las 17 metas establecidas por los Objetivos del Milenio, que han incorporado prioridades como el cambio climático, la desigualdad económica, la innovación, el consumo sostenible y la paz y la justicia, entre otras. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible proporcionan orientaciones y metas para que los países, logren alcanzarlas de acuerdo a sus posibilidades.

La protección de la maternidad y la infancia prevista en la Declaración fortalece el marco de Cooperación Internacional para el Desarrollo, ya que contribuye al logro de algunos de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), en los que se encuentran:

El ODS 1: El fin de la Pobreza, este objetivo presenta a la pobreza como un problema de derechos humanos. Al identificar sus distintas manifestaciones como el hambre, la malnutrición, la falta de una vivienda digna y el acceso limitado a otros servicios básicos, se puede reconocer la vulnerabilidad que se refleja a la luz de la protección de la maternidad y la infancia.

El ODS 2: Establece Hambre Zero, y es importante mencionar que el sector alimentario y el sector agrícola deberían promover soluciones para la eliminación del hambre y la pobreza. América Latina es una de las regiones donde el ejercicio del derecho a la protección de la maternidad y la infancia se encuentra vulnerado, dado que se identifica a estos colectivos como mano de obra informal principalmente en este sector. La agricultura, la silvicultura y la acuicultura sostenible promoverían el desarrollo centrado en comunidades rurales.

El ODS 3: Salud y Bienestar, existen graves riesgos para la salud, en los que se destacan altas tasas de mortalidad materna y neonatal, la propagación de enfermedades infecciosas y no transmisibles y una mala salud reproductiva. Este Objetivo esta totalmente vinculado al artículo VII de la Declaración de Bogotá. En las últimas décadas, se han alcanzado avances significativos en relación con el aumento de la esperanza de vida y la reducción de algunas de las causas de muerte más comunes relacionadas con la mortalidad infantil y materna. Las metas propuestas hacen urgente una financiación más eficiente de los sistemas de salud para mejorar el saneamiento y la higiene, para aumentar el acceso a los servicios médicos y ayudar a salvar millones de las vidas.

El ODS 4 establece metas para la Educación de Calidad. Esta no solo es la base para mejorar las condiciones de vida y el desarrollo sostenible, sino que se convierte en

la herramienta necesaria para desarrollar y consolidar los sistemas de protección integral para la maternidad y para la infancia.

El ODS 5: Igualdad de Género que promueve la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer. Son para destacar los avances alcanzados entre 2000 y 2015 con relación a la igualdad entre los géneros gracias a los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Las metas promueven acciones para poner fin a todas las formas de discriminación contra las mujeres y niñas. Aunque, como se ha desarrollado en páginas anteriores, existen avances en la protección a las mujeres y niñas de prácticas nocivas como el matrimonio infantil y la mutilación genital femenina, falta mucho camino por recorrer.

El ODS 10: Reducción de las desigualdades. Se plantea esta meta ya que es sabido que la desigualdad está en aumento. De acuerdo a cifras escalecidas por el PNUD, el 10 por ciento más rico de la población se queda hasta con el 40 por ciento del ingreso mundial total.

El ODS 16: Paz, justicia e instituciones fuertes. Se define este objetivo ya que no es posible alcanzar el desarrollo sostenible sin paz, estabilidad, derechos humanos y gobernabilidad efectiva basada en el Estado de derecho.

Lograr un sistema integrado, como se ha señalado en páginas anteriores, impulsaría también el cumplimiento de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Se requiere de cooperación y compromisos multilaterales para articular dimensiones fiscales, tecnológicas y financieras. América Latina necesita de este compromiso para avanzar en la reducción de las desigualdades. No se trata de superar la pobreza, sino también trabajar sobre la reducción de la extrema concentración de la riqueza.[10]

Diferentes organismos internacionales han llamado la atención sobre la complejidad de la región, caracterizada por múltiples dimensiones. La profunda desigualdad social en América Latina y el Caribe, pone en evidencia que “la concentración de los activos, es decir, de la propiedad, tanto financiera como no financiera, es mucho más severa y mucho más permanente que la concentración de los

[10] Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). “Panorama Social de América Latina 2016. LC/G.2351-P/E, CEPAL, Santiago de Chile. (2016).

ingresos corrientes de las personas" de acuerdo los principales hallazgos del informe anual Panorama Social de América Latina 2016.

La Directora de la División de Desarrollo Social de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Laís Abramo, señala a la Luz del informe anual de Panorama que, "América Latina sigue siendo la región más desigual del mundo, a pesar de importantes avances realizados por los países durante la primera década y media del siglo XXI". Por lo que el ejercicio del derecho de protección a la maternidad y a la infancia se encuentra vulnerado.

Es positivo, observar el contexto, y analizar el camino recorrido y los alcances progresivos de los principios en estos setenta años. Las acciones están en marcha, los flujos de cooperación internacional alientan la promoción del ejercicio de los derechos consagrados en la Declaración de Bogotá. Estos avances evidencian la necesidad de contar con un modelo de desarrollo genuino e inclusivo para la región, un modelo que priorice el enfoque desarrollo humano sostenible.

COMENTARIOS FINALES

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ha ido adquiriendo un significado muy especial, ya que estableció las bases conceptuales y normativas del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, tal como lo conocemos hoy.

El contexto americano en el que se celebró la Novena Conferencia, era complejo, al igual que hoy. Estas circunstancias no impidieron que los Estados de la región aprobaran la Declaración, logrando constituir el primer documento internacional de ese género en el mundo. El desafío entonces consistió, esencialmente, en abocar las normas sobre derechos, deberes y garantías contenidas en las constituciones de la región, al ámbito del derecho internacional público de América. Se promueve así el principio que los derechos humanos en adelante, no serían considerados como una materia exclusiva de jurisdicción interna de los Estados Americanos.

En América Latina, casi la totalidad de los países cuentan con un Código y/o Ley de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia que en mayor o menor medida esta adecuado a los instrumentos internacionales. El único país, de acuerdo al informe realzado por CEPAL, que no ha implementado una reforma integral es Chile. En el Caribe, ha sucedido todo lo contrario, la excepción la han constituido los países que han adoptado leyes integrales y/o códigos de infancia.

La adecuación de la legislación de los países de América Latina y el Caribe, se constituye como prioridad en materia legislativa y de ajuste de las políticas públicas para asegurar la protección, promoción de los derechos sociales de niños, niñas y adolescentes en el marco de los esfuerzos gubernamentales para la superación de la pobreza.

Porque pese a esto, y a los numerosos acuerdos y tratados ratificados, la realidad es que la pobreza y exclusión no permite que muchas personas; en especial niños, niñas y adolescentes, cuenten con las condiciones necesarias para ejercer sus derechos humanos fundamentales.

En el Informe de Desarrollo Humano (2000) se señala que la pobreza es origen de violación de derechos humanos. Pero también la condición de pobreza da cuenta de derechos humanos no realizados y es una condición derivada de un proceso social,

político, económico acumulativo y de carencias y desigualdades, que excluye a las personas del ejercicio real y efectivo del conjunto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y restringe las libertades de acción y opción.

Las estadísticas sociales de América Latina, presentan el problema de la desigualdad y la distribución del ingreso como uno de los aspectos que requiere mayor atención en esta región. Como ha señalado CEPAL, "la distribución del ingreso muestra una tremenda rigidez, y es un factor que limita el potencial para reducir la pobreza extrema y cumplir con los ODS. La inequidad en el ingreso es equivalente a la altísima distribución de activos, principalmente en tierra, capital, educación y tecnología. La región, ha sido afectada por bajas tasas de crecimiento por largos períodos, siendo incapaz de reducir la desigualdad en la distribución del ingreso y en el acceso a activos productivos, de tal suerte que quienes viven en esa situación" (CEPAL, 2007).

La naturaleza multidimensional de las causas de la pobreza, obliga a promover el cambio de las relaciones de poder y las inequidades resultantes de las mismas a partir del reconocimiento de la igualdad de sus derechos, del acceso a los recursos, de todo aquello necesario para asegurar su bienestar e inclusión social.

La noción de igualdad que se promueve en el marco de la cooperación internacional, y cuyos esfuerzos lideran organizaciones como CEPAL (entre otros), hace referencia no solo a la igualdad de medios, ingresos o propiedad. Si no también a la igualdad en el ejercicio de derechos, a la igualdad en el desarrollo de capacidades y autonomías y a la igualdad de género, étnica, racial y territorial, entre otras. Los derechos humanos, se constituyen entonces en el eje conductor de las políticas de desarrollo, se hace posible establecer compromisos y acciones con los gobiernos y actores civiles, políticos y económicos contra la exclusión y las desigualdades. Es así que el desarrollo humano define los resultados esperados y los derechos humanos las dimensiones para lograrlos.

Esta estrategia busca que se centre la atención en los derechos humanos y se genere un compromiso concreto en torno a ellos. De esta forma, se hace posible evidenciar los procesos que impulsan o frenan el desarrollo humano, aportando la combinación de ambas perspectivas. Estos principios de derechos humanos pueden orientar la elaboración de marcos legislativos, políticas, programas, asignaciones presupuestarias y otras medidas.

En este sentido, los principios establecidos en la Carta de Bogotá son vigentes y necesarios. Estos principios de derechos humanos deben guiar la formulación, implementación y evaluación en los sectores relacionados con los derechos sociales.

En la actualidad y a setenta años de la Declaración de Bogotá, no puede negarse su valor moral y político, tampoco puede negarse que su aporte jurídico no solo sigue siendo controversial; sino que también lo son los resultados alcanzados en la región. América necesita construir un modelo conceptual y operativo de protección de la infancia tomando como ineludible referencia los derechos y garantías reconocidos, para concebir un sistema de protección integral de los derechos.

Estos setenta años evidencian, que aunque América sea la región más desigual del mundo, donde el ejercicio del derecho a la maternidad y la infancia es vulnerado, la Organización Regional persiste y consolida sus esfuerzos en favor del reconocimiento progresivo y respeto de los derechos fundamentales de los hombres y mujeres de América.

BIBLIOGRAFÍA

BUERGENTHAL, T. "La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos". *Revista Instituto Interamericano de DD.HH., número especial en conmemoración del 40° aniversario de la DADDH* (San José de Costa Rica, 1989), p. 111.

BUERGENTHAL, T. "La Relación Conceptual y Normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos". *Revista Instituto Interamericano de DD.HH.*, número especial en conmemoración del 40° aniversario de la DADDH (San José de Costa Rica, 1989), pp. 111.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). "Los objetivos de desarrollo del Milenio y los desafíos para América Latina y el Caribe para avanzar en mayor bienestar, mejor capital humano y más igualdad de oportunidades". LC/W.143, Santiago de Chile. (2007):

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). "Panorama Social de América Latina 2016. LC/G.2351-P/E, CEPAL, Santiago de Chile. (2016).

FAÚNDEZ LEDESMA, H. "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: Aspectos institucionales y procesales". *3ª edición revisada y puesta al día, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.* (San José, 2004).

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF.) "Estado Mundial de la Infancia 2008". Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Nueva York. (2008)

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF.) "Estado Mundial de la Infancia 2017". *Niños en un mundo digital*. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Nueva York. (2017)

Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA). "Estado de la Población Mundial 2007".Nueva York, Naciones Unidas. (2008)

Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA). "Políticas públicas de juventud y derechos reproductivos: limitaciones, oportunidades y desafíos en América Latina y el Caribe". *Equipo de Apoyo Técnico para América Latina y el Caribe*. México. (2018).

GROS ESPIELL, H. "La Declaración Americana: Raíces Conceptuales y Políticas en la Historia, la Filosofía y el Derecho Americano". *Revista Instituto Interamericano de DD.HH.*, Número especial en conmemoración del 40° aniversario de la DADDH (San José de Costa Rica, 1989), pp. 41.

MEDINA QUIROGA, C. y NASH ROJAS, C. "Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección". *Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos,* (Santiago, 2011).

MONROY CABRA, M. "Aplicación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos". *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Número especial en conmemoración del 40° aniversario de la DADDH (San José de Costa Rica, 1989), pp. 131 ss.

MORLACHETTI, A. "Legislaciones nacionales y derechos sociales en América Latina. Análisis comparado hacia la superación de la pobreza infantil". *Series de políticas públicas*. – Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL. (2010).

MORLACHETTI, A. "Políticas de Salud Sexual y Reproductiva Dirigidas a Adolescentes y Jóvenes: Un Enfoque Fundado en los Derechos Humanos, Notas de Población. N 85 – Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL. (2008).

NIKKEN, P. "La Declaración Universal y la Declaración Americana. La Formación del Moderno Derecho Internacional de los Derechos Humanos". *Revista Instituto Interamericano de DD.HH.*, Número especial en conmemoración del 40° de la DADDH (San José de Costa Rica, 1989), pp. 65.

PAÚL DÍAZ, A. (2016). "La Génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Relevancia Actual de sus Trabajos Preparatorios" .*Revista de derecho (Valparaíso)*, (2016). p.361-395.

PAUTASSI, L. y ZIBECCHI, C. "La provisión de cuidado y la superación de la pobreza infantil. Programas de transferencias condicionadas en Argentina y el papel de las organizaciones sociales y comunitarias". *Documento preparado para la Iniciativa*

CEPAL/UNICEF en América Latina y el Caribe: Pobreza infantil, desigualdad y ciudadanía. Santiago de Chile, Agosto 2009.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). "Informe sobre Desarrollo Humano 2000". Ediciones Mundi-Prensa, (Madrid. 2000).

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Humano (PNUD). "Informe Nacional de Desarrollo Humano (INDH)". Argentina 2002.

SALVIOLI, F. "El Aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección internacional de los derechos humanos, en Corte Interamericana de Derechos Humanos". *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI* (San José de Costa Rica, 2003)

SEN, A. "El desarrollo como libertad". Gaceta Ecológica [en linea] 2000.

Revista Electrónica Iberoamericana ISSN: 1988 - 0618
http://www.urjc.es/ceib/ Vol. 13, Edición Especial, 2019

LA DECLARACIÓN DE BOGOTÁ Y EL DERECHO A LA PRESERVACIÓN DE LA SALUD Y EL BIENESTAR

BOGOTA DECLARATION AND THE RIGHT TO HEALTH AND WELFARE

José Antonio Musso[1]

Universidad Católica de Santiago del Estero, Argentina

RESUMEN

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce el derecho a la salud como un derecho autónomo vinculado a la alimentación, la vivienda y la asistencia médica, entre otras cosas. Se trata de un paso inicial en la protección de ese derecho fundamental que es indispensable para el ejercicio de otros derechos. La jurisprudencia del sistema interamericana ha fortalecido el derecho a la salud. En su contenido y alcance el derecho a la salud debe ser interpretado de acuerdo con el principio de interpretación evolutiva.

PALABRAS CLAVE: salud; bienestar; medio ambiente; no violencia, jurisprudencia**.**

ABSTRACT

The American Declaration of the Rights and Duties of Man recognizes the right to health and welfare as an autonomous right linked to food, housing and medical care, among other things. This is an initial step in the protection of that fundamental right which is indispensable for the exercise of other human rights. The jurisprudence of the Inter-American system for the protection of the human rights has strengthened the right to health. In its content and scope the right to health should be interpreted according to the principle of evolutionary interpretation.

KEY WORDS: health; welfare; environmental; non-violence; jurisprudence.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL DERECHO A LA SALUD Y AL BIENESTAR EN LA DECLARACIÓN AMERICANA. 3. LOS PRINCIPIOS

[1] Profesor de Derecho Internacional Público y de Derechos Humanos en la Universidad Católica de Santiago del Estero, Argentina.

BÁSICOS. 4. CARTA DE LA OEA. 5. DERECHO A LA ALIMENTACIÓN. 6. EL VALOR DEL DEPORTE Y LA ACTIVIDAD FÍSICA. 7. LA SALUD DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. 8. CONTRIBUCIÓN DE UNA CULTURA DE PAZ. 9. MEDIO AMBIENTE. 10. EL ESTADO DE SALUD. 11. UNA DECISIÓN RELEVANTE. 12. CONCLUSIONES.

* * *

1. INTRODUCCIÓN

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración de Bogotá) es un instrumento que enuncia derechos civiles y políticos junto con derechos económicos, sociales y culturales. De este modo, el texto refleja la interdependencia e indivisibilidad de todos esos derechos, algo que se ve reforzado, además, por el hecho de estar intercalados unos y otros en el articulado.

El derecho a la preservación de la salud está consagrado en el undécimo lugar del catálogo que contiene la Declaración y encabeza una serie de seis artículos en los que se reconoce un conjunto de derechos económicos, sociales y culturales. Le siguen el derecho a la educación, el derecho a los beneficios de la cultura, el derecho al trabajo y a una justa retribución, el derecho al descanso y el derecho a la seguridad social. Todos ellos tienen que ver con la salud y el bienestar, lo mismo que otros derechos reconocidos.

Por otro lado, entre los diez deberes específicos que menciona el Capítulo Segundo se encuentra el deber de toda persona de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, así como el deber de los hijos de asistir, alimentar y amparar a sus padres cuando sea necesario (art. XXX).

Hay entonces en la Declaración un compacto bloque de disposiciones relacionadas con el derecho fundamental a que se refiere este trabajo.

2. EL DERECHO A LA SALUD Y AL BIENESTAR EN LA DECLARACIÓN AMERICANA

Según el instrumento bajo análisis, "toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad" (art. XI).

Este derecho debe ser entendido en el sentido que ha precisado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas: "El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar *sano*" y "entraña libertades y derechos". Entre las primeras "figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica"

[1], y hay que tener en cuenta que "un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano", porque "los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de cada persona"[2]. En consecuencia, el derecho a la salud debe ser entendido "como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud"[3].

Cabe aclarar, asimismo, que las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han de considerarse también para interpretar disposiciones contenidas en instrumentos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, porque la exégesis de cada uno de tales instrumentos debe tomar en cuenta el *corpus iuris* internacional en el que las respectivas normas se inscriben, como ha remarcado el tribunal regional.

El texto enumera los componentes del derecho de que se trata, o al menos parte de ellos, lo cual es digno de mención, en especial si se toma nota de que la Declaración de Bogotá "establece el sistema inicial de protección" que los Estados americanos

[1] Comité de DESC, Observación General N° 14, párr. 8.
[22] *Ibid.*, párr. 9.
[3] *Ibid.*

consideraron adecuado a las circunstancias sociales y jurídicas imperantes en el momento en que fue aprobada[4].

Esta consagración inicial quedó luego fortalecida a través del Protocolo de San Salvador (1988), que estipula medidas específicas a adoptar por los Estados partes, mejorando la protección[5].

Por otro lado, es el único derecho para cuya realización se contempla la necesidad de implementar diversas medidas, no especificadas, utilizando tanto los recursos públicos como los privados. Un nuevo rasgo distintivo es que comprende de manera implícita otros derechos estrechamente vinculados con el derecho a la salud: a la alimentación, al vestido, a la vivienda y a la asistencia médica.

En relación con el objetivo de preservar la salud y el bienestar, la Declaración incorpora disposiciones relativas a la protección de la maternidad y la infancia (art. VII). Aquí se observa una diferencia con la Declaración Universal de Derechos Humanos, que ubica esa protección en el artículo que proclama el derecho a un nivel de vida adecuado que asegure a cada persona, y a su familia, la salud y el bienestar, entre otras cosas[6]. Lo cierto es que proteger, cuidar y ayudar de manera especial a "toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia" y a todo niño o niña, como postula la Declaración Americana, forma parte de la preservación de la salud y el bienestar.

La Declaración señala como meta la de alcanzar el nivel de salud que permitan los recursos del Estado y los recursos de la comunidad, y si bien no contempla la cooperación internacional no hay que perder de vista que el texto ha de interpretarse en consonancia con las disposiciones pertinentes de la Carta de la Organización de los

[4] La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se aprobó el 2 de mayo de 1948 en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, mediante la Resolución XXX de dicha Conferencia, cuyo considerando cuarto remarca "que la consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías del derecho interno de los Estados establece 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 que esas circunstancias vayan siendo propicias".

[5] Además, el Protocolo vincula la salud y la educación al decir que una de las medidas para garantizar el derecho a la salud consiste en "la educación a la población sobre la prevención y el tratamiento de los problemas de salud" (art. 10.2.e).

[6] Artículo 25, párrafo 2, de la Declaración Universal.

Estados Americanos (OEA), que sitúan la cooperación interamericana para el desarrollo integral en un lugar preponderante[7].

3. LOS PRINCIPIOS BÁSICOS

El preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS)[8] consagra ciertos principios básicos. Comienza aclarando que "la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades". Luego afirma que "el goce del máximo grado de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social", y añade que "la salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados". Así como existe una concepción positiva de la paz[9], que va más allá de la mera ausencia de conflicto armado, también existe una concepción positiva de la salud, reflejada en la definición de la OMS.

También se remarca allí que el desarrollo saludable del niño y la niña es de fundamental importancia, y que "la extensión a todos los pueblos de los beneficios de los conocimientos médicos, psicológicos y afines es esencial para alcanzar el más alto grado de salud". Además, son de importancia capital para el mejoramiento de la salud "una opinión pública bien informada y una cooperación activa por parte del público". La responsabilidad de los gobiernos en materia de salud solo puede cumplirse "mediante medidas sanitarias y sociales adecuadas".

[7] Las disposiciones del Capítulo VII de la Carta se refieren al desarrollo integral y a la cooperación interamericana para el desarrollo integral.
[8] La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, que se celebró en 1946 en Nueva York, siendo firmada por los representantes de 61 Estados el 22 de julio de ese año. Entró en vigor el 7 de abril de 1948 y fue objeto de varias reformas. Las modificaciones adoptadas por la 51° Asamblea Mundial de la Salud entraron en vigor el 15 de septiembre de 2005.
[9] En el preámbulo de la Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz (1999) se reconoce que "la paz no solo es la ausencia de conflictos, sino que también requiere un proceso positivo, dinámico y participativo en que se promueva el diálogo y se solucionen los conflictos en un espíritu de entendimiento y cooperación mutuos".

Coinciden entonces la Constitución de la OMS y la Declaración de Bogotá en que las medidas sanitarias y sociales son necesarias para la plena efectividad del derecho que está en juego.

Los resultados que cada Estado alcance en el fomento y la protección de la salud "son valiosos para todos", mientras que la desigualdad entre Estados "en lo relativo al fomento de la salud y el control de las enfermedades, sobre todo las transmisibles, son un peligro común". Con estas palabras, el preámbulo de la Constitución de la OMS pone de manifiesto el carácter global de las amenazas a la salud y el efecto multiplicador, en la comunidad internacional, que producen los resultados exitosos.

Se puede afirmar, en línea con lo anterior, que "la salud mundial hoy en día ofrece la paradoja de logros sin precedentes entre los privilegiados y una carga enorme de enfermedades que se podrían evitar y que afectan a los menos privilegiados, es decir, la mayoría de la humanidad"[10].

El concepto de salud adoptado en el tratado constitutivo de la OMS ha sido reafirmado por la Declaración de Alma-Ata (1978)[11], y en la Declaración Mundial de la Salud (1998)[12] los Estados miembros de la OMS han reafirmado su adhesión al principio, enunciado en la Constitución de la Organización, de que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de la persona. Asimismo, afirman "la responsabilidad compartida de todos en lo que se refiere a la salud" y reconocen que el mejoramiento de la salud y el bienestar de las personas es el objetivo fundamental del desarrollo económico y social, haciendo hincapié "en la importancia de reducir las desigualdades sociales y económicas para mejorar la salud de toda la población" y en que "hay que prestar la máxima atención a los más necesitados, a quienes están agobiados por la mala salud, no reciben servicios de salud adecuados o se ven afectados por la pobreza".

[10] Comisión de la Seguridad Humana, informe *La seguridad humana - ahora*, 2003, p. 107.
[11] Adoptada en la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de la Salud, celebrada en Alma-Ata, del 6 al 12 de septiembre de 1978, y refrendada por la 32° Asamblea Mundial de la Salud.
[12] Adoptada en la 51° Asamblea Mundial de la Salud, que se celebró en mayo de 1998.

4. CARTA DE LA OEA

Para lograr los objetivos básicos del desarrollo integral, los Estados miembros de la OEA han convenido en dedicar sus máximos esfuerzos a conseguir una serie de metas básicas. Varias de ellas están relacionadas con el derecho sobre el que versa este trabajo. Son las siguientes: a) defensa del potencial humano por medio de la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica; b) nutrición adecuada, lo cual requiere el incremento de la producción y disponibilidad de alimentos; c) vivienda adecuada para todos los sectores de la población; d) condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna[13].

La distribución equitativa del ingreso nacional y las condiciones de trabajo aceptables para todas las personas son otras metas básicas de indudable relevancia. Junto con ello, los Estados miembros se muestran convencidos de que el ser humano solamente "puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz", y se comprometen a aplicar, entre otros, el principio según el cual "todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica"[14].

Estas disposiciones y las de la Declaración Americana contenidas en el artículo XI son complementarias entre sí y se refuerzan mutuamente. Incluso, lo dispuesto en el artículo 45.a) de la Carta viene a llenar un vacío al enunciar el derecho al bienestar material, omitido en aquel artículo.

5. DERECHO A LA ALIMENTACIÓN

Lo que en la Declaración de Bogotá se presenta como uno de los componentes del derecho a la salud, en el Protocolo de San Salvador adquiere la categoría de derecho autónomo, presentado de esta manera: "Toda persona tiene derecho a una nutrición

[13] Artículo 34 de la Carta de la OEA.
[14] Artículo 45.a) de la Carta de la OEA.

adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual" (art. 12.1).

El párrafo 2 del artículo 12 del Protocolo señala dos compromisos básicos, con el objeto de hacer efectivo el derecho enunciado en el párrafo anterior y erradicar la desnutrición: a) Perfeccionar los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos; b) Mayor cooperación internacional para apoyar las políticas nacionales en la materia.

Entre los antecedentes de esas disposiciones se encuentran la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (1969)[15] y la Declaración universal sobre la erradicación del hambre y la malnutrición (1974)[16]. La primera pone énfasis en que el progreso y el desarrollo en lo social deben encaminarse a la elevación continua del nivel de vida, tanto en el plano material como en el espiritual, de todos los miembros de la sociedad, dentro de un marco de respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales, mediante el logro de ciertos objetivos principales, tales como la eliminación del hambre y de la malnutrición y la garantía del derecho a una nutrición adecuada; el logro de los más altos niveles de salud, así como la prestación de servicios de protección sanitaria para el conjunto de la población, de ser posible en forma gratuita, y la provisión a todas las personas, y en particular a las de ingresos reducidos y a las familias numerosas, de vivienda y servicios comunales satisfactorios[17].

La Declaración de 1974 reconoce que el bienestar de todos los pueblos del mundo depende en buena medida de la producción y distribución adecuadas de los alimentos y de un sistema mundial de seguridad alimentaria "que asegure la disponibilidad suficiente de alimentos a precios razonables en todo momento, independientemente de las fluctuaciones y caprichos periódicos del clima, y sin ninguna presión política ni económica". Proclama además que "todos los hombres, mujeres y niños tienen el derecho inalienable a no padecer de hambre y malnutrición a fin de poder desarrollarse plenamente y conservar sus facultades físicas y mentales", y que "los gobiernos tienen la responsabilidad fundamental de colaborar entre sí para conseguir una mayor producción

[15] Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969.
[16] Aprobada por la Conferencia Mundial de la Alimentación el 16 de noviembre de 1974. La Conferencia fue convocada por la Asamblea General en su resolución 3180 (XXVIII), de 17 de diciembre de 1973, y la Asamblea General hizo suya la Declaración en su resolución 3348 (XXIX), de 17 de diciembre de 1974.
[17] Artículo 10 de la Declaración.

alimentaria y una distribución más equitativa y eficaz de alimentos entre los países y dentro de ellos". Pone el acento también en que los gobiernos deberían iniciar de inmediato una lucha concertada de mayor intensidad "contra la malnutrición crónica y las enfermedades por carencia que afectan a los grupos vulnerables y de ingresos más bajos", afirmando que para asegurar una nutrición adecuada para todas las personas deben integrarse las políticas de alimentos y de nutrición adecuadas en planes de desarrollo socioeconómico o agrícola de carácter general.

Junto con los esfuerzos orientados a aumentar la producción de alimentos es necesario el mayor empeño posible por evitar el desperdicio de alimentos en cualquiera de sus formas. Por otro lado, "a fin de asegurar una adecuada conservación de los recursos naturales que se utilizan o podrían utilizarse para la producción de alimentos", todos los Estados deben cooperar para facilitar la conservación del medio ambiente, inclusive el medio marino. A propósito de esto último, el instrumento propicia la utilización de los recursos marinos y de las aguas interiores "como nueva fuente de alimentos y de bienestar económico[18].

6. EL VALOR DEL DEPORTE Y LA ACTIVIDAD FÍSICA

El artículo XV de la Declaración Americana proclama: "Toda persona tiene derecho a descanso, a honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico".

El mejoramiento espiritual y cultural aparece planteado como deber de cada persona en el preámbulo de la Declaración[19], por lo que el mejoramiento físico constituye el valor añadido en el catálogo de derechos propiamente dicho. Las tres dimensiones contempladas guardan relación con la salud y el bienestar. Y el hecho de que el texto vincule el derecho que protege a "la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre"

[18] En tal sentido, la Declaración expresa que han de tomarse medidas para la explotación racional de dichos recursos, preferiblemente para consumo humano directo, a fin de contribuir a satisfacer las necesidades alimentarias de todos los pueblos.

[19] El preámbulo de la Declaración expresa que es deber de todo ser humano "server al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría", así como "ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu".

está indicando que crear esa oportunidad es condición previa y necesaria. Se instala así la obligación de adoptar medidas de fomento del deporte y la actividad física, entre otras cosas, junto con la necesidad y conveniencia de inculcar en la población, a través de medidas adecuadas de difusión y concientización, hábitos saludables. En este sentido, cobra máxima relevancia advertir que el sedentarismo es un factor de riesgo.

Extrañamente, el texto no incluye la limitación razonable de la duración del trabajo en el marco protector que promueve, aunque contar con la oportunidad de un empleo útil del tiempo libre supone tal limitación[20].

La Carta internacional revisada de la educación física, la actividad física y el deporte (2015)[21] aporta fundamentos y criterios valiosos para la adopción de las medidas a que alude la Declaración de Bogotá en su artículo XI. Asimismo, pone las cosas en su lugar al asignar a la educación física, la actividad física y el deporte la categoría de derecho humano fundamental[22].

"La posibilidad de desarrollar el bienestar y las capacidades físicas, psicológicas y sociales por medio de estas actividades debe verse respaldada por todas las instituciones gubernamentales, deportivas y educativas" (art. 1.2). De este modo, la Carta deja en claro que la convergencia de esfuerzos juega un papel clave.

También lo juega la oferta de posibilidades inclusivas, adaptadas y seguras de participación en la educación física, la actividad física y el deporte a todas las personas, incluyendo los niños y niñas de edad preescolar, las personas de edad, las personas con discapacidad y los pueblos indígenas.

De los beneficios que reportan las actividades que promueve, la Carta se ocupa de manera minuciosa, diciendo, entre otras cosas, lo siguiente: a) pueden desempeñar un papel importante en el desarrollo de los conocimientos básicos sobre la actividad física, el bienestar y las capacidades físicas, al mejorar la resistencia, la fuerza, la flexibilidad, la coordinación, el equilibrio y el control; b) pueden mejorar la salud mental, el bienestar

[20] Hay que tener en cuenta, como norma de interpretación, que no cabe "excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano", como dispone el artículo 29.c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
[21] Adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) el 17 de noviembre de 2015.
[22] Según el artículo 1.1 de la Carta, "todo ser humano tiene el derecho fundamental de acceder a la educación física, la actividad física y el deporte sin discriminación alguna, ya esté esta basada en criterios étnicos, el sexo, la orientación sexual, el idioma, la religión, la opinión política o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o cualquier otro factor".

y las capacidades psicológicas al fortalecer la seguridad corporal, la autoestima y la confianza en uno mismo, con la disminución del estrés, la ansiedad y la depresión que eso implica, así como al aumentar la función cognitiva y desarrollar diversas competencias y cualidades, entre ellas la cooperación, la comunicación, el liderazgo, la disciplina y el trabajo en equipo; c) pueden acrecentar el bienestar y las capacidades sociales al establecer y estrechar vínculos con la comunidad, la familia, los amigos y los pares, generar una conciencia de pertenencia y aceptación, desarrollar actitudes y conductas sociales positivas y reunir a personas de distinta procedencia cultural, social y económica; d) pueden contribuir a la prevención de la toxicomanía, el alcoholismo, el consumo excesivo de tabaco, la delincuencia y otros problemas similares y a la rehabilitación de las personas afectadas por esos males; e) pueden reportar importantes beneficios en el plano de la salud y en el plano social y económico, porque un "estilo de vida activo contribuye a la prevención de las enfermedades cardíacas, del diabetes y del cáncer, así como de la obesidad, y contribuye en última instancia a la disminución de las muertes prematuras". Además, reduce "los gastos de salud, aumenta la productividad y fortalece la participación ciudadana y la cohesión social"[23].

Una pluralidad de actores involucrados, en particular las administraciones nacionales y locales encargadas del deporte, la educación, los jóvenes, la salud, el ocio activo, el desarrollo, el urbanismo, el medio ambiente, el transporte y las cuestiones de género y de discapacidad, así como las organizaciones intergubernamentales, los movimientos olímpico y paraolímpico, las organizaciones deportivas, las organizaciones no gubernamentales, los círculos empresariales, los medios de comunicación, los educadores, los investigadores, los profesionales del deporte y los espectadores, entre otros, comparten la responsabilidad de formular y respaldar las políticas relativas a la educación física, la actividad física y el deporte, y todas las partes interesadas deben "tener la posibilidad de ejercer esa responsabilidad" (art. 3.2). Se torna evidente, entonces, que todas esas partes interesadas no solo son agentes promotores de la actividad física y el deporte sino también agentes de una vida saludable.

Hay un instrumento del sistema interamericano que corrobora la importancia del deporte, incluso al designarlo con su nombre. Es la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con

[23] Artículo 2 de la Carta.

Discapacidad[24], cuyo texto establece que para lograr los objetivos de la Convención los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole que sean necesarias para eliminar la discriminación contra esas personas y propiciar su plena integración en la sociedad, incluyendo medidas relativas al empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y otros servicios y actividades[25].

7. LA SALUD DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Con anterioridad a la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas[26], la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya había subrayado que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a acceder a su territorio y a los recursos naturales necesarios para "la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades"[27]. Además, la Corte puso énfasis en lo señalado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en el sentido de que "los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de la salud", y los primeros "deben ser apropiados desde el punto de vista cultural, es decir, tener en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales", debiendo considerarse que, "para las comunidades indígenas, la salud del individuo se suele vincular con la salud de la sociedad en su conjunto y presenta una dimensión colectiva"[28]. El Comité considera, en definitiva, que la perdida por esas poblaciones de sus recursos alimenticios y la ruptura

[24] Adoptada en Ciudad de Guatemala el 7 de junio de 1999, en el vigésimo noveno período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, y en vigor desde el 14 de septiembre de 2001.
[25] Artículo III.1.a de la Convención. En el párrafo 2 del mismo artículo la Convención establece el compromiso de los Estados partes de trabajar prioritariamente en la prevención de todas las formas de discapacidad prevenibles y en la detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida a las personas de que se trata.
[26] Aprobada en la segunda sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 14 de junio de 2016. AG/RES. 2888 (XLVI-O/16).
[27] Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakya Axa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 168.
[28] Comité de DESC, Observación General N° 14, párr. 27.

de su relación simbiótica con la tierra ejercen un efecto perjudicial sobre la salud de las personas afectadas[29].

La Declaración de 2016, luego de remarcar en su artículo V que los pueblos y las personas indígenas tienen derecho al goce pleno de todos los derechos reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la OEA y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual incluye a la Declaración Americana, contiene un conjunto de derechos a los que agrupa bajo el título de "Identidad cultural"[30].

Al centrarse en el tema que nos ocupa, el párrafo 1 del artículo XVIII afirma que "los pueblos indígenas tienen derecho en forma colectiva e individual al disfrute del más alto nivel posible de salud física, mental y espiritual". También tienen derecho a sus propios sistemas y prácticas de salud y al uso y la protección de las plantas, animales, minerales de interés vital y otros recursos naturales que son de uso medicinal en sus tierras y territorios ancestrales, así como a utilizar, sin discriminación alguna, todas las instituciones y los servicios de salud y atención médica accesibles a la población en general, debiendo los Estados, en consulta y coordinación con los pueblos indígenas, promover sistemas o prácticas interculturales en los servicios médicos y sanitarias provistos en las comunidades indígenas, incluyendo técnicos y profesionales indígenas de salud[31]. En estos términos, el texto reafirma que toda persona indígena tiene el derecho a la preservación de su salud y a la asistencia médica enunciado en la Declaración Americana para "toda persona", y a la vez especifica que ese derecho presenta, en el caso de las personas pertenecientes a dichos pueblos, características particulares que deben ser objeto de especial atención.

Si la diversidad es concebida como la coexistencia de diferentes grupos culturales, "se corre el riesgo de caer en una postura paternalista y relativista en extremo, que ve la diferencia como un detalle pintoresco de origen cultural que, mientras no interfiera en las propias pautas, puede permanecer", con lo cual existe el riesgo de "considerar elecciones culturales prácticas que en realidad resultan de una posición desigual del grupo en la estructura social"[32].

---

[29] *Ibid*.
[30] Disposiciones de la Sección Tercera de la Declaración.
[31] Párrafos 2 y 4 del artículo XVIII de la Declaración.
[32] COLANGELO, M.A., "La salud infantil en contextos de diversidad sociocultural", en TAMAGNO, L. (coord.), *Pueblos indígenas: interculturalidad, colonialidad, política*, Buenos Aires, Biblos, 2009, pp. 1124-125.

Otra visión, superadora de la anterior, entiende la diversidad como intercambio, diálogo, entre distintas perspectivas, y en el campo de la salud esa visión es conceptualizada como "salud intercultural", un concepto que aparece y se difunde en América Latina en la última década del siglo XX y la primera del presente[33]. La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas recoge tal concepto al hablar de sistemas o prácticas interculturales.

Ahora bien, "un uso del concepto que recupere su carácter crítico busca entender las prácticas y las concepciones sobre la salud en el marco de las relaciones conflictivas y contradictorias que derivan de las relaciones de poder en las que participan los pueblos indígenas en las sociedades de clases", y en este contexto "se producen las permanentes disputas, negociaciones, síntesis o combinaciones entre las concepciones indígenas, las populares y la biomedicina"[34].

8. CONTRIBUCIÓN DE UNA CULTURA DE PAZ

En esencia, "una cultura de paz es un conjunto de valores, actitudes, tradiciones, comportamientos y estilos de vida" que se basa, ante todo, en el respeto a la vida, el fin de la violencia y la promoción y la práctica de la no violencia mediante la educación, el diálogo y la cooperación[35].

Por consiguiente, promover y practicar la no violencia constituye un aporte fundamental para edificar una cultura basada en una concepción positiva de la paz. Y es también una condición necesaria para hacer efectivo el derecho a la salud, sobre todo si se tiene en cuenta que "no hay país ni comunidad a salvo de la violencia", que "está en nuestras calles y en nuestros hogares, en las escuelas, los lugares de trabajo y otros centros" y "es un azote ubicuo que desgarra el tejido comunitario y amenaza la vida, la salud y la felicidad de todos nosotros"[36]. Hay que contemplar además que "una

[33] *Ibid*., p. 125.
[34] *Ibid*., pp. 125-126.
[35] Artículo 1 de la Declaración sobre una Cultura de Paz, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 1999.
[36] Organización Panamericana de la Salud, *Informe mundial sobre la violencia y la salud: resumen*, Washington, D.C., Organización Panamericana de la Salud, Oficina para las Américas de la Organización Mundial de la Salud, 2002.

proporción considerable de los costos de la violencia corresponde a su repercusión en la salud de las víctimas y a la carga que impone a las instituciones sanitarias, de ahí que el sector de la salud esté especialmente interesado en la prevención y tenga un papel clave que desempeñar al respecto"[37].

Por eso, reconociendo las graves consecuencias inmediatas y a largo plazo que la violencia tiene para la salud y el desarrollo psicológico y social de las personas, las familias, las comunidades y los países, junto con las consecuencias cada vez más importantes que tiene en los servicios de salud en todas partes, la OMS ha declarado "que la violencia es un importante problema de salud pública en todo el mundo"[38].

La prevención de la violencia no forma parte del contenido del derecho a la salud en la Declaración de Bogotá pero sí tiene cabida en las medidas relativas a "la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud" que obliga a adoptar el Protocolo de San Salvador (art. 10.2.c), en particular si el alcance de esa obligación se interpreta a tenor de la resolución de la OMS antes mencionada.

En el marco de la Declaración Americana, la prevención de la violencia se vincula con el primero de los deberes enunciados en el Capítulo Segundo, el de convivir con las demás personas de modo que "todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad". Convivir de la manera que el texto propicia es poner en práctica todo aquello que ha sido definido como el núcleo de una cultura de paz. Y a través de la educación pueden alcanzarse logros significativos por medio de la prevención primaria[39].

La Convención de Belém do Pará (1994) impone a los Estados partes la obligación de implementar medidas específicas para, entre otras cosas, fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia y modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres a fin de "contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la

[37] *Ibid.*
[38] Resolución 49.25 de la 49° Asamblea Mundial de la Salud, Ginebra, 1996.
[39] La recomendación 4 del *Informe Mundial sobre la violencia y la salud* señala algunas de las intervenciones de prevención primaria importantes para reducir la violencia, entre las cuales figuran "campañas en los medios de comunicación para modificar las actitudes, los comportamientos y las normas sociales" y "formación para un correcto ejercicio de la paternidad y un mejor funcionamiento de la familia". Esto último se relaciona con el contenido del deber formulado en el artículo XXX en lo que concierne a los padres respecto de sus hijos.

inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer"[40]. Tales medidas preventivas son un buen ejemplo de respuestas de prevención primaria.

Tanto la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (2013) como la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (2013) comprometen a los Estados a prevenir, eliminar, prohibir y sancionar la violencia motivada por cualquiera de los criterios enunciados al definir la discriminación racial y la discriminación, respectivamente[41]. Al ser la violencia un problema de salud pública, tales disposiciones resultan complementarias de las contenidas en la Declaración Americana y el Protocolo de San Salvador en materia de salud.

Lo mismo cabe decir de las normas de dicho Protocolo relativas a la obligación de los Estados partes de proporcionar alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no estén en condiciones de obtenerla por sí mismas (art. 17.a).

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015)[42] es otro de los instrumentos que amplían las bases que la Declaración Americana sentó en torno a la salud y el bienestar. Procura crear las condiciones para un envejecimiento activo y saludable, y entre los derechos protegidos figuran el derecho a una vida sin ningún tipo de violencia y el derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud.

[40] Artículo 8 de la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer.
[41] Artículo 4.de cada Convención, que a su vez remite al artículo 1.1.
[42] Adoptada el 15 de junio de 2015 y en vigor desde el 11 de enero de 2017. Por persona mayor se entiende aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que no sea superior a los 65 años.

9. MEDIO AMBIENTE

El Protocolo de San Salvador consagra el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos, junto con la obligación de los Estados partes de proteger, preservar y mejorar el medio ambiente (art. 11).

Se debe tener en cuenta, además, que la Corte Internacional de Justicia señaló que "el medio ambiente no es una abstracción sino el espacio en el que viven los seres humanos y del cual depende la calidad de su vida y salud, inclusive la de las generaciones futuras"[43], mostrando de este modo la conexión entre medio ambiente y salud. Y la Carta Social de las Américas[44] establece el compromiso de los Estados miembros de la OEA de "promover formas de vida sana y de fortalecer su capacidad para prevenir, detectar y responder a enfermedades crónicas no contagiosas, enfermedades infecciosas actuales y emergentes y a los problemas de salud relacionados con el medio ambiente" (art. 17).

La Corte Interamericana reconoce la interrelación entre los derechos humanos y el medio ambiente, "en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos"[45], recordando, además, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha hecho hincapié en que la degradación ambiental severa puede afectar el bienestar del individuo y que la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha indicado que el derecho a un medio ambiente satisfactorio y favorable al desarrollo guarda estrecha relación con los derechos económicos y sociales en la medida en que el medio ambiente afecta la calidad de vida y la seguridad de las personas[46]. También ha remarcado el tribunal regional que la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció, a través de la Agenda 2030 para el

[43] CIJ, Opinión Consultiva sobre *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares*, 8 de julio de 1996, párr. 29.
[44] Aprobada por la Asamblea General de la OEA el 4 de junio de 2012.
[45] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017, *Medio Ambiente y Derechos Humanos (Obligaciones Estatales en relación con el Medio Ambiente en el Marco de la Protección y Garantía de los Derechos a la Vida y a la Integridad Personal – Interpretación y Alcance de los Artículos 4.1y 5.1, en relación con los Artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos),* párr. 47.
[46] *Ibid.*, párr. 50.

Desarrollo Sostenible, que el alcance de los derechos humanos depende de la consecución de las tres dimensiones de tal desarrollo: la económica, la social y la ambiental[47].

Adicionalmente, el derecho a un medio ambiente sano "también debe considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana", ya que bajo dicha norma se encuentran protegidos los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA, así como los enunciados en la Declaración Americana, en la medida en que esta última "contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere"[48], y los que se deriven de una interpretación de la Convención acorde con los criterios que su artículo 29 establece[49].

El derecho humano a un medio ambiente sano tiene una dimensión colectica, la cual constituye un interés universal que se debe tanto a las generaciones presentes como a las futuras, pero "también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros"[50].

El Tribunal de San José ha subrayado, asimismo, que los derechos especialmente vinculados al medio ambiente pueden clasificarse en dos grupos: a) los particularmente vulnerables a la degradación ambiental, identificados también como derechos sustantivos, entre ellos los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud o a la propiedad; y b) aquellos cuyo ejercicio hace a una mejor formulación de las políticas ambientales, a los que cabe calificar también como derechos de procedimiento: libertad de expresión y de asociación, derecho a la información, a la participación en la toma de decisiones y a un recurso efectivo[51].

A criterio de la Corte, entre los derechos particularmente vulnerables a afectaciones ambientales se encuentran los derechos a la salud, la alimentación y la

[47] Resolución 70/1, de 25 de septiembre de 2015, titulada *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Doc. ONU A/RES/70/1.
[48] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-10/89, de 14 de julio de 1989, *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*, párr. 43.
[49] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-25/17, párr. 57.
[50] *Ibid*., párr. 59.
[51] *Ibid*., párr. 64.

vivienda (es decir, todos los que la Declaración de Bogotá protege en bloque al referirse a la salud y el bienestar), junto con otros como el derecho a la vida, a la integridad personal, el derecho al agua y el derecho a la participación en la vida cultural. Y en relación con el primero de ellos, cabe considerar, como hace la Corte, los criterios que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha establecido en el sentido de que la obligación de respetar el derecho a la salud implica que los Estados deben abstenerse "de contaminar ilegalmente la atmósfera, el agua y la tierra, por ejemplo mediante los desechos industriales de las instalaciones propiedad del Estado, utilizar o ensayar armas nucleares, biológicas o químicas si, como resultado de esos ensayos, se liberan sustancias nocivas para la salud de los seres humanos, o limitar el acceso a los servicios de salud como medida punitiva, por ejemplo durante conflictos armados, en violación del derecho internacional humanitario"[52].

Además de los ya mencionados, a criterio del tribunal regional son también vulnerables otros derechos, como el derecho a la paz, "puesto que los desplazamientos causados por el deterioro del medio ambiente con frecuencia desatan conflictos violentos entre la población desplazada y la instalada en el territorio al que se desplaza, algunos de los cuales por su masividad asumen carácter de máxima gravedad"[53].

Que la Corte Interamericana haya incluido el derecho a la paz entre los derechos vulnerables, "de acuerdo con el artículo 29 de la Convención", significa que, a su juicio, tal derecho es uno de los derechos "que son inherentes al ser humano" (art. 29.c)[54], y al tomar en cuenta que la afectación "puede darse con mayor intensidad en determinados grupos en situación de vulnerabilidad", destacando que distintos órganos de derechos humanos han reconocido como grupos especialmente vulnerables a los daños ambientales a los pueblos indígenas, a los niños y niñas, a las personas en situación de extrema pobreza, a las minorías y a las personas con discapacidad, entre otros[55], deja margen para

[52] Comité de DESC, Observación General N° 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11 de agosto de 2000, párr. 34.
[53] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-25/17, párr. 66.
[54] El artículo 29 también establece que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce o ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con una convención en que sea parte uno de dichos Estados (art. 29.b), o en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana y otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza (art. 29.d). Tampoco se puede interpretar ninguna disposición de la Convención en el sentido de excluir derechos y garantías que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno" (art. 29.c).
[55] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-25/17, párr. 67.

entender que el derecho a la paz no es solo un derecho de los pueblos y de las personas, sino también de los grupos y las minorías, con lo cual se aproxima a la postura de la sociedad civil en torno a los titulares del derecho humano a la paz[56].

El proyecto de declaración elaborado por la sociedad civil incluye el derecho a un medio ambiente sostenible como componente del derecho cuya codificación pretende. Lo hace en estos términos: "Todos tienen derecho a vivir en un medio ambiente limpio, pacífico y seguro y a la acción internacional para mitigar la destrucción del medio ambiente, especialmente el cambio climático" (art. 8.2).

Los vínculos entre la paz y la salud también están presentes en ese instrumento, a través del concepto de seguridad humana: "Las personas tienen el derecho a la seguridad humana, lo que incluye la libertad frente al miedo y frente a la necesidad" (art. 6.1). Y esta última (libertad frente a la necesidad) "implica el disfrute del derecho al desarrollo sostenible y de los derechos económicos, sociales y culturales" (art. 6.3).

10. EL ESTADO DE SALUD

La Declaración Americana proclama que todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en el texto "sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna" (art. II). Esta fórmula negativa final sobre el alcance de la no discriminación comprende, por lo tanto, el estado de salud[57].

[56] La Declaración de Santiago, actualizada el 20 de septiembre de 2017, expresa que "las personas, los grupos, los pueblos, las minorías y toda la humanidad tienen el derecho a la paz", agregando que "la paz es la condición para el disfrute de todos los derechos humanos universalmente reconocidos, incluidos los derechos al desarrollo y al medio ambiente". Dicho documento cuenta con el apoyo de numerosas organizaciones de la sociedad civil (OSC) encabezadas por la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH). En su versión original, la Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz fue aprobada el 10 de diciembre de 2010 por las OSC reunidas en el congreso internacional que se celebró en Santiago de Compostela con ocasión del Foro Social Mundial sobre la Educación para la Paz.

[57] En su resolución 1995/44, del 3 de marzo de 1995, así como en otras resoluciones, la Comisión de Derechos Humanos, sustituida en 2006 por el Consejo de Derechos Humanos, aclaró que "la expresión 'o cualquier otra condición social', que figura en las disposiciones de los textos internacionales de derechos humanos sobre la no discriminación, debe interpretarse en el sentido de que abarca el estado de salud, incluso el VIH y el Sida".

A su vez, la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia contiene la más amplia respuesta a la pregunta acerca de los motivos de los actos discriminatorios, incluyendo la condición de salud mental o física[58].

En cuanto a los reconocimientos médicos, los empleadores suelen acordarles una importancia excesiva "y buscan candidatos en condiciones excelentes, cualesquiera fuesen las exigencias del puesto", pero no hay razón alguna que justifique "dicho reconocimiento para una tarea que no exija un aptitud física particular", debiendo tenerse en cuenta que la razón de ser del examen médico previo "es la de determinar si el candidato es apto para ocupar el puesto y si su salud y su seguridad serán protegidas en el lugar de trabajo"[59].

11. UNA DECISIÓN RELEVANTE

En el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, la Corte Interamericana reiteró, con respecto a la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana, que en la sentencia del caso *Lagos del Campo vs. Perú*[60] desarrolló por primera vez una condena específica en forma autónoma de dicha norma, reafirmando su competencia para conocer y resolver controversias al respecto. También puso de resalto la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, "puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada

[58] Según el artículo 1.1 de la Convención, "la discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición económica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra".

[59] GIALDINO, R. E., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*: *Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, pp. 228-229.

[60] En ese caso, la Corte señaló que el artículo 26 de la Convención Americana está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de de la Convención y protege los derechos que se derivan de la Carta de la OEA, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los que se deriven de "otros actos internacionales de la misma naturaleza", en virtud del artículo 29.d de la Convención (*Caso Lagos del Campo vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2017, párrs. 142 a 144).

como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello"[61].

En cuanto a la Declaración Americana, la Corte ha reiterado la integración de dicho instrumento en la interpretación de la Carta y recordado lo dispuesto en el artículo 29.d de la Convención, señalando que los términos del artículo XI de la Declaración permiten identificar el derecho a la salud y que tal disposición resulta relevante para definir el alcance del artículo 26 de la Convención[62], ya que la Declaración constituye, en relación con la Carta de la OEA, fuente de obligaciones internacionales, como ha establecido la propia Corte en su Opinión Consultiva OC-10/89.

En su pronunciamiento, la Corte no solo estima que el derecho a la salud es un derecho humano fundamental, sino que también lo considera indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos, agregando que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente en un estado completo de bienestar "derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral"[63].

Basándose en la Observación General N° 14 del Comité de DESC de la ONU, la Corte ha puntualizado que, a los efectos de las prestaciones médicas de urgencia, los Estados deben garantizar, como mínimo, los siguientes estándares: a) Respecto a la calidad, se debe contar con la infraestructura adecuada y necesaria a fin de satisfacer las necesidades básicas y urgentes, lo cual incluye cualquier tipo de herramienta o soporte vital, junto con recursos humanos calificados para responder ante urgencias médicas; b) Los establecimientos, bienes y servicios de emergencias de salud han de ser accesibles a todas las personas, debiendo entenderse la accesibilidad desde las dimensiones superpuestas de no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información, para proveer así un sistema de salud inclusivo basado en los derechos humanos; c) En cuanto a la disponibilidad, se debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, además de programas integrales de salud; d) Respecto de la aceptabilidad, los establecimientos y servicios de que se trata deberán respetar la ética médica y los criterios culturalmente apropiados e incluir una

[61] Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de marzo de 2018, párr. 100.
[62] *Ibid*., párr. 107.
[63] *Ibid*., párr. 118.

perspectiva de género y una perspectiva de las condiciones del ciclo de vida del paciente[64]. Además, como condición transversal de la accesibilidad, los Estados están obligados a garantizar un trato igualitario a todas las personas que accedan a los servicios de salud[65].

La sentencia en el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile* es particularmente importante porque es el primer pronunciamiento de la Corte sobre el derecho a la salud de manera autónoma, como parte de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), y la primera ocasión en que se pronuncia de manera específica sobre los derechos de las personas mayores en materia de salud.

12. CONCLUSIONES

La Declaración de Bogotá tiene el mérito de reconocer el derecho a la salud de manera autónoma, integrándolo además con varios de sus componentes, alguno de los cuales adquiriría más tarde peso específico propio, como el derecho a la alimentación.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se basa en la interpretación evolutiva de los instrumentos, que es aquella que se practica teniendo en cuenta la evolución experimentada desde la adopción del respectivo instrumento, en este caso la Declaración Americana, como la Corte Interamericana ha remarcado.

A la luz de tal criterio interpretativo, no hay duda que el nivel de salud a que aspira la Declaración no es otro que el más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, tomando en consideración la evolución posterior reflejada en los estándares que recoge el Protocolo de San Salvador. Esto requiere optimizar el uso y la asignación de los recursos disponibles, tanto los internos como los provenientes de la cooperación internacional.

El hecho de que el texto incluya los recursos de la comunidad entre los recursos a utilizar para proteger el derecho de que se trata encierra un mensaje implícito: la sociedad también debe preocuparse por cada uno de sus miembros. Por consiguiente, surge de allí el rol de la sociedad civil como agente de promoción del derecho a la salud y el bienestar,

[64] *Ibid*., párr. 121.
[65] *Ibid*., párr. 122.

rol que se extiende a los demás derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; esto último si se toma como referencia el criterio que viene promoviendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La interpretación evolutiva lleva además a entender el deber enunciado en el artículo XXIX de la Declaración como el de adoptar hábitos saludables y contribuir a la tarea colectiva de preservar y mejorar el medio ambiente, porque de ese modo cada persona cumplirá su deber de convivir con las demás personas favoreciendo con su comportamiento la posibilidad de que todas ellas puedan desenvolver integralmente su personalidad.

La decisión en el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile* constituye un antecedente valioso para reafirmar el carácter de derecho humano fundamental del derecho a la salud y fortalecer su protección. Habiendo sido la Declaración Americana el punto de partida del reconocimiento de ese derecho básico, tal decisión es algo para destacar especialmente en el marco del 70° aniversario de la Declaración.

BIBLIOGRAFÍA

COLANGELO, M. A., "La salud infantil en contextos de diversidad sociocultural", en TAMAGNO, L. (coord.), *Pueblos indígenas: interculturalidad, colonialidad, políica*, 1ª. ed., Buenos Aires, Biblos, 2009.

COMISION DE LA SEGURIDAD HUMANA, *La seguridad humana - ahora*, Nueva York, 2003.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2010.

DRNAS DE CLÉMENT, Z., "Interpretación de los tratados sobre derechos humanos por Tribunales internacionales", *El Derecho Internacional en el mundo multipolar del siglo XXI*, Madrid, 2013.

FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*, 3ª. ed., San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., (dir.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 4ª. ed., Madrid, Dilex, 2013.

GIALDINO, R. E., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*, 1ª. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, *Informe mundial sobre la violencia y la salud*, Washington, D.C, 2003.

PALLARES YABUR, P. J., "La protección judicial del derecho a la salud en el Amparo Mexicano. Análisis del caso Mini Numa", *Revista Internacional de Derechos Humanos*, ano I, n° 1, 2011, pp. 197-218.

ROBLES, M. Y., "El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Cuestiones Constitucionales*, n° 15, julio-diciembre 2014, pp. 200-246.

SALVIOLI, F., "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos", *Revista IIDH*, n° 39, enero-junio 2004, pp. 101-167.

Revista Electrónica Iberoamericana ISSN: 1988 - 0618
http://www.urjc.es/ceib/ Vol. 13, Edición Especial, 2019

DERECHO AL TRABAJO Y A UNA JUSTA RETRIBUCIÓN EN LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE

THE RIGHT TO WORK AND TO FAIR REMUNERATION IN THE AMERICAN DECLARATION OF THE RIGHTS AND DUTIES OF MAN

Anastasiya Koroleva[1]

Universidad Carlos III, España

RESUMEN:

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue uno de los primeros instrumentos internacionales de derechos humanos en consagrar el derecho de toda persona al trabajo y a una justa retribución. Con motivo de su 70 aniversario, este artículo hace un repaso del proceso de redacción del artículo XIV sobre el derecho al trabajo, así como del desarrollo posterior y de la protección legal del mismo en el marco del sistema interamericano de derechos humanos. El estudio de la práctica de la Comisión y del Corte Interamericanos de Derechos Humanos permitirá demostrar el valor actual de la Declaración Americana para la interpretación y la protección efectiva del derecho al trabajo.

PALABRAS CLAVES: Derecho al Trabajo, Justa Retribución, Derechos Humanos.

ABSTRACT

The American Declaration of the Rights and Duties of Man became one of the first international human rights instruments to enshrine every person's right to work and to fair remuneration. On the occasion of its 70th anniversary, this article provides an overview of the drafting history of the article XIV on the right to work, as well as subsequent normative development and legal protection thereof in the context of the inter-American human rights system. An overview of the case-law of the Inter-American

[1] PhD in Advanced Studies in Human Rights from the University of Charles III of Madrid; Legal researcher at Business & Human Rights Resource Centre (UK).

Commission and Court of Human Rights will allow to demonstrate the value of the American Declaration for the interpretation and effective protection of the right to work.

KEYWORDS: Right to Work, Fair Remuneration, Human Rights.

SUMMARY: INTRODUCTION. 1. DRAFTING HISTORY OF THE ARTICLE XIV OF THE AMERICAN DECLARATION OF THE RIGHTS AND DUTIES OF MAN 1.1. The right to work in the preliminary draft of the American Declaration formulated by the Inter-American Juridical Committee 1.2. The right to work in the final draft of the American Declaration formulated by the Inter-American Juridical Committee 1.3. The right to work and to fair remuneration in the final text of the American Declaration 1.4. Normative development of the right to work and to fair remuneration after the American Declaration 2. THE RIGHT TO WORK AND TO FAIR REMUNERATION IN THE PRACTICE OF THE INTER-AMERICAN COMMISSION AND COURT OF HUMAN RIGHTS. 2.1. The right to work and to fair remuneration in the practice of the Inter-American Commission on Human Rights 2.2. The right to work and to fair remuneration in the practice of the Inter-American Court of Human Rights. CONCLUSION.

* * *

INTRODUCTION

The year 2018 marked the 70th anniversary of the American Declaration of the Rights and Duties of Man, also known as "Bogotá Declaration", adopted by Resolution XXX of the Final Act of the Ninth International Conference of American States on 2 May 1948.

The Declaration was not conceived by the adopting States as a binding instrument. As Inter-American Juridical Committee noted a year after the adoption of the Resolution XXX, "the Declaration of Bogotá does not create a legal contractual obligation" and lacks the status of "positive substantive law"[2]. The text of the Declaration itself refers to the

[2] See BUERGENTAHL, T., "The Revised OAS Charter and the Protection of Human Rights", *American Journal of International Law*, Vol. 69, N 4 (1975), p. 829, citing Inter-American Juridical Committee, Report to the Inter-American Council of Jurists Concerning Resolution XXXI of the Bogotá Conference,

instrument as the "initial system of protection considered by the American States as being suited to the present social and juridical conditions"[3], an intermediate step toward further progressive development of inter-American system of human rights. However, as many authors have claimed, certain legal changes in the inter-American system, as well as the use that the Inter-American Commission and the Court have made of the Declaration and its *travaux preparatoire*s over the years, led to significant strengthening of the normative value of this instrument[4].

Buergenthal alludes to the dual nature of the American Declaration, being at the same time a political manifest and a normative instrument[5]. As the author explains, as a political manifest, the Declaration expresses the hopes and aspirations of the American peoples. At the same time, as a normative instrument, it lays down legal foundation for the promotion and protection of human rights in the inter-American system, thus, becoming a normative bridge between the Charter of the Organisation of the American States and the American Convention on Human Rights[6].

In this regard, it is fitting to refer to the advisory opinion of the Inter-American Court of Human Rights on the interpretation of the American Declaration, in which the Court points out that in order to determine the current legal status of this instrument, "it is appropriate to look to the inter-American system of today in the light of the evolution it has undergone since the adoption of the Declaration, rather than to examine the normative value and significance which that instrument was believed to have had in

September 26, 1949, reprinted in Pan American Union, Human Rights in the American States (1960), pp. 164, 165.

[3] American Declaration of the Rights and Duties of Man, introduction, para. 4.

[4] See on the legal effects of the Declaration, for example, BUERGENTHAL, T., "La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre derechos humanos", *Revista Instituto Americano de Derechos Humanos*, número especial en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 1ª ed., 1989, pp. 116-117; NIKKEN, P., "La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno derecho internacional de los derechos humanos", *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, op, cit.*, pp. 83 y ss.; BUERGENTHAL, T., "The Revised OAS Charter and the Protection of Human Rights", *op. cit*., p. 835; MONROY CABRA, M. G., "Aplicación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Instituto Interamericano de derechos Humanos, op. cit.*, p. 134.

[5] BUERGENTHAL, T., "La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre derechos humanos", *op. cit.*, p. 112

[6] *Ibid*.

1948"[7]. The Court concludes that the fact that the Declaration was not conceived as a treaty does not prevent it from having legal effect under certain conditions[8].

Regardless of the extent of its binding legal effects, the moral, political and normative value of this document for the protection of fundamental rights and freedoms on the American continent is undeniable. Buergenthal referred to it as a *Carta Magna* of the inter-American system of human rights[9]. Its entire content lays foundation for human rights as inherent to human personality, indivisible, interdependent and of universal character. As a pioneer instrument that enshrined a comprehensive set of civil, political, economic, social and cultural rights and freedoms, the American Declaration, in the words of Cançado Trindade, advanced the integral vision of human rights and highlighted the correlation between the rights and the duties[10].

Among the rights contemplated in the American Declaration, the article XIV became the one to enshrine the right to work and to fair remuneration, as one of the 'new' socio-economic rights. Thus, the Declaration became one of the first international instrument to include this right as subject to respect and protection by the States.

Nowadays, the right to work is recognized in several international and regional legal instruments[11], as well as set forth in the national constitutions across the world[12].

---

[7] IACtHR, Advisory Opinion OC-10/89, Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the framework of article 64 of the American Convention on Human Rights, 14 July 1989, para. 37, p. 10.

[8] *Id.*, para. 45: "For the member states of the Organization, the Declaration is the text that defines the human rights referred to in the Charter. Moreover, Articles 1(2)(b) and 20 of the Commission's Statute define the competence of that body with respect to the human rights enunciated in the Declaration, with the result that to this extent the American Declaration is for these States a source of international obligations related to the Charter of the Organization"; para. 46: "For the States Parties to the Convention, the specific source of their obligations with respect to the protection of human rights is, in principle, the Convention itself. It must be remembered, however, that, given the provisions of Article 29(d), these States cannot escape the obligations they have as members of the OAS under the Declaration..."; and para. 47: "That the Declaration is not a treaty does not, then, lead to the conclusion that it does not have legal effect…"

[9] BUERGENTHAL, T., "La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre derechos humanos", *op. cit.*, p. 111.

[10] CANÇADO TRINDADE, A. A., "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-1955): evolución, estado actual y perspectivas", in BARDONNET, D., CANÇADO TRINDADE, A. A. (eds.), *Derecho internacional y derechos humanos: libro conmemorativo de la XXIV sesión del programa exterior de la Academia de Derecho Internacional de la Haya, San José (Costa Rica) 24 de abril - 6 mayo de 1995*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José / la Haye, 1996, p. 49.

[11] See, for example, Universal Declaration of Human Rights, adopted 10 May 1948, art. 23; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, adopted 16 December 1966, art. 6; Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights "Protocol of San Salvador", adopted 17 November 1988, art. 6; European Social Charter of 1996 (revised), part II. Art. 1; African Charter of Human and Peoples' Rights, adopted June 1981, art. 15.

[12] See *infra* note 59.

Article 6 of the International Covenant on Social, Economic and Cultural Rights probably deals with this right more comprehensively than any other instrument, while the commentary provided by the respective UN Committee contributes to the interpretation of the scope and the content of the right to work[13].

This right is intrinsically linked to human dignity, being essential for achieving an adequate standard of living of the individual and his/her family and, ultimately, ensuring necessary conditions for unhindered development of human personality according to his/her values and aspirations and recognition within the community.

As a fundamental human right, it has a core intangible content, that cannot be altered or subject to conditions and must be respected and protected at all times. In its modern understanding, the individual right to work implies at least an access to employment in the conditions of equality and non-discrimination, a freedom to accept or choose work without being forced, as well as the right not to be unfairly deprived of employment[14]. Furthermore, in order to ensure decent living of the individual and his/her family, the employment must be respectful of the fundamental rights of the worker in terms of safety, remuneration and physical and mental integrity[15].

While State parties to the various legal instruments that establish the right to work are under general obligation to ensure its progressive realization aiming at achieving full employment, there are specific obligations requiring States to respect the right to work by prohibiting forced labour or limitation of the equal access to employment; to protect it through legislative, administrative, judicial and other measures ensuring equal access to decent work and preventing abuses by non-State actors; and to fulfil the right to work through recognizing it in national legal systems and implementing measures aimed at countering unemployment[16].

The authors of the American Declaration had considered many of those aspects of the right to work in the process of elaboration of the document, as will be demonstrated further.

[13] UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 18: The right to work (art. 6) (2005)
[14] *Id*., paras. 1-4, 6.
[15] *Id*., para. 7.
[16] *Id*., paras. 19-28.

Thus, the first part of this article will provide an overview of the drafting process of the article XIV, from the first draft of the Declaration toward its final formulation, as well as explore the reasoning of the drafters behind chosen wording and suggested amendments. It will also take stock of the normative development of the right to work in the inter-American human rights system after the adoption of the American Declaration. The second part of the article will focus on the contribution of the Inter-American Commission and the Court of Human Rights in relation to the protection of the right to work.

1. DRAFTING HISTORY OF THE ARTICLE XIV OF THE AMERICAN DECLARATION OF THE RIGHTS AND DUTIES OF MAN

1.1. The right to work in the preliminary draft of the American Declaration formulated by the Inter-American Juridical Committee

Resolution XL adopted during the 1945 Conference on Inter-American Problems of War and Peace in Mexico City commissioned the drafting of a declaration on human rights to the Ninth International Conference of American States[17]. In accordance with this resolution, the Inter-American Juridical Committee prepared a preliminary draft of the text of the Declaration and distributed it among the governments so that they could present their comments and observations.

The members of the Committee saw it necessary to include not only 'traditional' freedoms that had been recognized in most of the national constitutions, but also 'new' economic and social rights, as an expression of the concept of a democratic State pursuing well-being of all its members[18]. Among these 'new' rights were the right to property, participation in the benefits of science, social security and education, as well as the right to work, set forth in the article XIV of the preliminary draft[19].

[17] Resolution XL, "Protección internacional de los derechos esenciales del hombre", adopted at the plenary session on 7 March 1945, in PAÚL, A., *Los trabajos preparatorios de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el origen remoto de la Corte Interamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2017, Annexes, p. 87.
[18] *Id.*, Inter-American Juridical Committee, Informe anexo al anteproyecto de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre, p. 111.
[19] *Id.*, Inter-American Juridical Committee, Anteproyecto de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre, arts. VIII, XIV-XVII, pp. 99, 101-102.

The drafters of the document expressly pointed out that classification of the right to work as a socio-economic right by no means deprived it of its fundamental nature, recognizing, at the same time, its historic character[20]. The authors of the draft alluded to the 1848 French Constitution as a starting point of the emergence of the right to work – even though it had not been included in the final text of the Constitution, its authors discussed extensively the inclusion thereof in the document[21]. Among other precursors of the right to work, the members of the Juridical Committee referred to the 1944 speech of the US President Franklin Roosevelt on the acceptance of the so-called 'second Bill of Rights', in which he placed "the right to a useful and remunerative work in the industries or shops or farms or mines of the Nation" on the first place among the socio-economic rights[22], and the Declaration of Philadelphia adopted by the General Conference of the International Labour Organisation on 17 May 1944[23]. The latter set forth a principle, according to which "all human beings, irrespective of race, creed or sex, have the right to pursue both their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom and dignity, of economic security and equal opportunity"[24], while establishing the obligation of the Organisation to fulfil this principle by furthering the programmes aimed at achieving full employment[25].

The authors of the draft explained the need for recognizing and protecting the right to work in the Declaration by referring to the examples of massive unemployment at the time, which required intervention of the State as regulator of the private industry in order to ensure employment opportunities that would allow individuals to earn a living with their own effort[26]. The drafters pointed out the incompatibility of sustaining oneself through benefitting from charities or government aid with human dignity[27].

Accordingly, for the members of the Juridical Committee, the purpose and the essence of the right to work consisted in ensuring that every individual had the means to

[20] *Id.*, Informe anexo al anteproyecto de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre, p. 131.
[21] *Ibid.*
[22] *Id.*, p. 131. Referring to "State of the Union Message to Congress", 11 January 1944, transcription retrieved 1 Oct 2018, from http://www.fdrlibrary.marist.edu/archives/address_text.html.
[23] *Ibid.*, referring to "ILO Declaration of Philadelphia: Declaration concerning the aims and purposes of the International Labour Organisation", ILO, 10 May 1944.
[24] ILO Declaration of Philadelphia, part II (a).
[25] *Id.*, part III.
[26] Informe anexo al anteproyecto de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre, *op. cit.*, p. 131.
[27] *Ibid.*

sustain him/herself and to contribute to the maintenance of his/her family[28]. According to the drafters, the right to work primarily encompassed the right of the individual to follow his/her vocation freely, in as much as existing job opportunities allowed for that. As a means of ensuring the realization of this right, the article provided for the right to change job and the freedom of movement associated with the change of employment. The authors of the draft also included the right to form workers' and professional unions in the article XIV, having considered that it was closely connected with the right to work.

Furthermore, the drafters saw it necessary to emphasize the reciprocal character of the rights and duties in relation to work between the individual and the State, as well as between the individuals. Accordingly, the work was envisioned not only as a right, but a duty of a person to contribute to the well-being of the State. The State was expressly entitled to claim the services of an individual in case of public emergency. The article also described in general terms the obligations of the State in relation to the right to work, which included a duty to assist the individual in realization of his/her right to work when his/her own efforts were not sufficient to obtain employment; to make every effort to promote the stability of employment and to ensure proper working conditions by establishing minimum standards of just remuneration.

Although the drafters included the duties of the State aimed at achieving the realization of the right to work in the text of the article, they recognized that the practical implementation thereof presented difficulties[29]. This, in turn, explained why the right to work and the corresponding duties of the State could be articulated in the draft of the Declaration only in general terms[30].

The drafters explained the general character of the wording corresponding to the right to work by referring to the fact that its full realization could only be attained by stages and by means chosen in accordance with the particular conditions of every country. Additionally, they reiterated the importance of balance between the right to work and the right to personal freedom, referring to the Economic Charter of the Americas, which proclaimed the "rising levels of living and the economic liberty that will encourage full

[28] See Anteproyecto de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre, *op. cit.*, art. XIV.
[29] Informe anexo al anteproyecto de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre, *op. cit.*, p. 132.
[30] *Ibid.*

production and employment" as two pillars of a positive economic program[31]. Therefore, State's intervention aimed at realization of the right to work could by no means enter in conflict with the right to personal liberty and lead to situations in which a democratic State turned into totalitarian regime due to the excessive regulation of economic activity[32].

1.2. The right to work in the final draft of the American Declaration formulated by the Inter-American Juridical Committee

The Juridical Committee forwarded their preliminary draft of the Declaration for consideration of the national governments. After having received and considered various comments by the States, the Committee prepared the final draft of the document.

In the final draft presented for consideration of the American governments at the Ninth International Conference, the text of the article establishing the right to work got substantially modified. Taking account of the critical observations regarding the preliminary draft of the document, the Committee opted for tighter formulations, omitting the details and focusing on the fundamental principles[33]. Besides, as the Committee observed, the guarantees related to the protection of the right to work had been included in the project of the Inter-American Charter of Social Guarantees in a more detailed way[34].

Thus, in the final draft, the Committee deleted from the text of the article XIV the reference to the right to form workers' and professional unions and to the power of the State to demand the services of the individual in case of public emergency[35]. The Committee observed that the latter was redundant, because the article 2 already mentioned this State power in connection with the right to personal liberty[36]. At the same time, the drafters added a reference to the right to support and protection for those who are unable

[31] *Ibid.*, referring to the Economic Charter of the Americas, US Economic and Industrial Proposals made at Inter-American Conference, 26 Feb 1945, New York Times, preamble, para. 3.
[32] *Ibid*.
[33] *Id.*, Inter-American Juridical Committee, Informe Anexo al Proyecto Definitivo de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre, p. 176.
[34] *Id.* Referring to the Project of Inter-American Charter of Social Guarantees formulated by the Inter-American Juridical Committee for consideration at the Ninth International Conference of American States, Pan American Union, Washington, 1948.
[35] *Id*., Inter-American Juridical Committee, Proyecto de Declaración de los Derechos y Deberes internacionales del Hombre, art. XIV, p. 167
[36] *Id*., Informe Anexo al Proyecto Definitivo de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre, p. 174.

to sustain themselves and the corresponding State duty to ensure such protection. This right was initially part of the article I on the right to life. However, the authors of the draft observed that it had closer connection with the right to work[37].

The delegates of the States had once again the opportunity to present their comments on the final draft of the Declaration. The majority of the proposed amendments did not concern the formulation of the right to work. It can be mentioned that the alternative draft presented by Panama suggested to abridge the wording of the article as to include the right to work of every person and the corresponding State duty to take such measures as may be necessary to ensure that all its residents have an opportunity for useful work[38].

1.3. The right to work and to fair remuneration in the final text of the American Declaration

The Sixth Commission of the Ninth Conference established a working group on human rights during its third session. This working group was mandated to prepare the final text of the American Declaration that could serve as a base text for further debates of the Commission. The Sixth Commission indicated three sources that were to serve as a foundation for elaboration of the final text of the Declaration: 1) the final draft of the Declaration formulated by the Juridical Committee and presented for consideration on 8 December 1947; 2) the amendments and the observations presented by the delegations of the States at the Ninth Conference; and 3) the Draft International Declaration on Human Rights formulated by the Commission on Human Rights of the United Nations during its second session held at Geneva from 2 to 17 December 1947[39]. The latter refers to the document later adopted as the Universal Declaration of Human Rights by the United Nations General Assembly on 10 December 1948. It is interesting to note, that although the adoption of the American Declaration preceded the Universal Declaration by several months, the drafting and negotiating process of both documents had been taking place

[37] *Ibid.*
[38] *Id.*, Proyecto de Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales del Hombre, proposal by Panama, p. 182.
[39] *Id.*, Informe del Relator del Grupo de Trabajo sobre Derechos del Hombre, p. 184.

almost simultaneously[40]. The mutual influence between the two Declarations is undeniable[41].

Both, the draft American Declaration of the Juridical Committee and the Draft International Declaration on human rights referred to States' obligations in relation to the right to work. However, one of the most significant changes introduced by the working group concerned the references to the duties of the States aimed at ensuring effective realization of the corresponding rights. The working group decided to delete them from the final text having considered that they would water down the wording of the articles and diminish the clarity of the Declaration[42]. For similar reasons, separate references to the situations in which the State was required to establish the limits on the exercise of a particular right were deleted from the final text. In this case, the working group found inspiration in the draft of the UN Declaration, which consolidated the grounds for limitation of the rights in a single article[43]. Additionally, the members of the working group decided not to follow the method of the Juridical Committee regarding the formulation of the rights and corresponding duties of the individual in the same article, but to consolidate all references to the individual duties in a specially designated part of the Declaration (part II). They observed that this would make the text of the Declaration more clear and apprehensible[44].

Consequently, the final version formulated by the working group introduced several amendments to the text of the article XIV[45]. The first important modification concerned the very title of the article, which now also featured the right to fair remuneration. In accordance with the amended title, the drafters emphasized the right of

---

[40] See SCHABAS, W. A. (ed.), *The Universal Declaration of Human Rights: the travaux préparatoires*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

[41] See, for example, PAÚL, A., *Los trabajos preparatorios de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el origen remoto de la Corte Interamericana*, op. cit., pp. 2-5; GLENDON, M. A., "The Forgotten Crucible: The Laton American Influence on the Universal Human Rights Idea", *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16 (2003), pp. 27-40.

[42] Informe Anexo al Proyecto Definitivo de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre, *op. cit.*, p. 185

[43] *Id.*, referring to the Draft International Declaration on Human Rights, art. 2: "In the exercise of his rights everyone is limited by the rights of others and by the just requirements of the democratic State", in SCHABAS, W. A. (ed.), *The Universal Declaration of Human Rights: the travaux préparatoires, op. cit.*, p. 1342.

[44] Informe Anexo al Proyecto Definitivo de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre, *op. cit.*, p. 186.

[45] PAÚL, A., *Los trabajos preparatorios de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el origen remoto de la Corte Interamericana*, op. cit., Annexes, Declaración Americana de los Derechos y Deberes Esenciales del Hombre: Proyecto de Texto, art. XIV, p. 189.

every person who works to receive remuneration in proportion to his/her capacity and skills and that would ensure a standard of living suitable for him/herself and his/her family. The preceding draft of the Juridical Committee only mentioned the duty of the State to establish the minimum standards of fair remuneration but did not treat it as a separate right. Another important amendment introduced by the working group specified that every person was not only entitled to the right to work, but to work under proper conditions. Finally, as have been mentioned above, the references to the State duties in relation to the effective realization of the right to work and to the individual duty to work for the well-being of the State were deleted from the article XIV. The individual duty to work was, instead, moved to the new article XXXVII and formulated in a less rigorous way, compared to the draft of the Juridical Committee. The latter stipulated the duty of every person to work for the well-being of the State in an imperative and unconditional manner. According to the new wording, "it is the duty of every person to work, as far as his capacity and possibilities permit, in order to obtain the means of livelihood or to benefit his community"[46].

The article XIV on the right to work and to fair remuneration was voted in favour by the State delegates without any amendments or objections during the 5th session of the 6th Commission on 22 April 1948 with the following wording[47]:

"Every person has the right to work, under proper conditions, and to follow his vocation freely, insofar as existing conditions of employment permit.

Every person who works has the right to receive such remuneration as will, in proportion to his capacity and skill, assure him a standard of living suitable for himself and for his family."

The article XXXVII on the duty to work was approved during the 8th session on 24 April 1948, although the delegates of the United States and Nicaragua made their observations regarding the formulation of the duty[48]. The representative from Nicaragua demanded to put on record that the interpretation of the duty to work did not put the limits on the right to strike[49].

[46] *Id.*, p. 192.
[47] *Id.*, Acta resumida de la quinta sesión de la Comisión Sexta, p. 277.
[48] *Id.*, Acta resumida de la octava sesión de la Comisión Sexta, p. 299.
[49] *Ibid.*

The representative of the United States questioned whether the duty to work impeded a possibility to dedicate oneself to a leisure activity in case when an individual did not need to work to earn a living[50]. In effect, the wording of the article seems to imply that a person cannot decide not to work even in case of alternative sources of livelihood being available to him/her. As Paúl observes, such interpretation follows from the understanding of the human dignity being the foundation of the human rights rather than personal autonomy[51]. The idea of duties as an expression of dignity of the individual liberty exalted by rights can be observed throughout the statements of the document drafters. The Juridical Committee reiterated that a person could not enjoy the benefits of the civilization unless he/she participated in the attainment of the broad goals of the State, law, order, justice and general well-being[52], and, therefore, some rights were to be exercised in the benefit of the community and maintenance of order and public security[53]. Similarly, the working group of the Sixth Commission emphasized the correlation between the rights and the duties as an essential condition for the exercise of human rights[54].

Consequently, the observation by the delegate of the United States did not affect the final wording of the article, voted in favour without any modifications.

1.4. Normative development of the right to work and to fair remuneration after the American Declaration

The Draft Inter-American Convention on Protection of Human Rights, elaborated by the Inter-American Juridical Committee in accordance with the resolution VII of the 5th Reunion of Foreign Ministers, contemplated 21 article establishing social, economic and cultural rights, including the right to freely chosen work[55]. The Second Special Inter-

[50] *Ibid.*
[51] *Id.*, p. 48.
[52] *Id.*, referring to Informe Anexo al Proyecto Definitivo de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre, *op. cit.*, p. 130.
[53] *Ibid.*
[54] *Id.*, referring to Informe del Relator del Grupo de Trabajo sobre Derechos del Hombre, *op. cit.*, p. 186. See also on the duty of work in the American Declaration, BADILLA, A. E., URQUILLA BONILLA, C. R., "El derecho al trabajo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", p.195, retrieved 1 Oct 2018, from http://www.corteidh.or.cr/tablas/a22091.pdf.
[55] "The draft Inter-American Convention on Human Rights prepared by the Inter-American Council of Jurists", *Inter-American Yearbook on Human Rights 1968*, General Secretariat of the OAS, Washington, 1973, p. 68.

American Conference resolved to send the draft for further deliberation to the Council of the OAS upon receiving the views of the Inter-American Commission on Human Rights. However, the Commission suggested that it was not necessary to reproduce the provisions on the economic, social and cultural rights in the Convention, since they were substantially incorporated into the Protocol of Amendment to the OAS Charter[56]. Ultimately, the only reference to this category of rights appears in the article 26 of the American Convention on Human Rights[57], establishing States' duty to adopt measures "with a view to achieving progressively" "the full realization of the rights implicit in the economic, social, educational, scientific, and cultural standards set forth in the Charter of the Organization of American States as amended by the Protocol of Buenos Aires".

It was not until the adoption of the Protocol of San Salvador in 1988, that the right to work was established in a legally binding instrument, as a right "which includes the opportunity to secure the means for living a dignified and decent existence by performing a freely elected or accepted lawful activity". The article 6 of the protocol also establishes the duty of the State Parties to "adopt measures that will make the right to work fully effective", emphasizing the need to ensure suitable family care, which would contribute to the exercise of the right to work by women. However, the right to work was not made subject to protection through the system of individual petitions[58]. Instead, it is subject to a supervision mechanism through presentation of the periodic reports by the State Parties on the "progressive measures they have taken to ensure due respect for the rights set forth in this Protocol".

Although the wording may vary, the right to work and to fair remuneration also found its way to the national constitutions of the American States[59], while their courts contribute to the interpretation and understanding of the essential content of this right[60].

---

[56] *Id*., The Opinion prepared by the Inter-American Commission on Human Rights, p. 91.
[57] American Convention on Human Rights, adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica, adopted 22 November 1969
[58] Protocol of San Salvador, *supra* note 11, art. 19 (6).
[59] Argentina (art. 14 bis), Bolivia (art. 46 y 48), Brazil (art. 6), Colombia (art. 25), Costa Rica (art. 56), Chile (art. 19), Ecuador (art. 33), El Salvador (art. 37 y 38), Guatemala (art. 101), Haiti (art. 35), Honduras (arts. 127 y 129), Mexico (art. 123), Nicaragua (arts.57 y 80), Panamá (art. 64), Paraguay (art. 86), Peru (art. 2), Dominican Republic (art. 62), Suriname (art. 4), Uruguay (art.36), Venezuela (art. 87).
[60] See, for example, on constitutional jurisprudence in relation to the right to work in Colombia, MOLINA HIGUERA, A. (auth.), *Contenido y alcance del derecho individual al trabajo: marco para la evaluación de la política pública del derecho al trabajo desde una perspectiva de derechos humanos*, Serie DESC, Defensoría del Pueblo – Colombia, Bogotá, 2005, pp. 51 y ss. Also, in Argentina, Aquino, Isacio vs. Cargo Servicios Industriales S. A. s/ accidentes ley 9688, Supreme Court of Justice of the Republic of Argentina,

2. THE RIGHT TO WORK AND TO FAIR REMUNERATION IN THE PRACTICE OF THE INTER-AMERICAN COMMISSION AND THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

As a preliminary observation, it can be pointed out that the right to work has not been receiving the attention it deserves in the context of the inter-American human rights system. As López-Patrón suggests, the reason for that is not the absence of the infringements of this right, but the severity of violations of other human rights[61]. However, as will be explained below, the American Declaration continues to be an instrument of great relevance for both the Inter-American Commission and the Court of Human Rights, including in relation to the protection of the right to work.

2.1. The right to work and to fair remuneration in the practice of the Inter-American Commission on Human Rights

At the time of the adoption, the American Declaration did not provide for a system of international protection through inter-American bodies. This situation partly changed with the creation of the Inter-American Commission on Human Rights[62]. The Commission had been conceived as an organ of the OAS whose principle purpose was to promote respect for human rights[63]. The Statute of the Commission defined human rights as those set forth in the American Declaration of the Rights and Duties of Man, thus,

21 September 2004, retrieved 25 Oct 2018, from https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=10710; in El Salvador, case 232-2001, judgement of 30 April 2002, Supreme Court of Justice of El Salvador (Constitutional Chamber), retrieved 25 Oct 2018, from http://www.jurisprudencia.gob.sv/portal/.

[61] LÓPEZ-PATRÓN, J. M., "Los derechos laborales en el sistema interamericano de protección de derechos humanos: la protección de los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N 12 (2008), p. 186.

[62] Statute of the IACHR was initially promulgated by the OAS Council on 25 May1960. Text of the original Statute reproduced in doc. OEA/Ser.L/V/II, 26 September 1960. The amended Statute currently in effect adopted by the OAS General Assembly in October 1979, retrieved 1 Oct 2018, from http://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/statuteiachr.asp. See also BUERGENTHAL, T., "The Revised OAS Charter and the Protection of Human Rights", *op. cit.*, p. 835. The author argues that the revised OAS Charter (1967) incorporated the Statute of the Commission by reference, thus, transforming the legal status of the Commission and its Statute and strengthening the normative character of the American Declaration.

[63] BUERGENTHAL, T., "The Revised OAS Charter and the Protection of Human Rights", *op. cit.*, p. 830, referring to the text of the original Statute of the IACHR, arts. 1.

turning the provisions of the latter into applicable standards in the exercise of its functions by the Commission[64].

Currently, the Statute and the Rules of Procedure[65] of the Commission provide for a dual legal regime and procedure for the system of petitions concerning alleged violations of human rights: 1) with regard to the Member States of the OAS that are parties to the American Convention on Human Rights; and 2) with regard to the OAS Member States that have not ratified the latter. The Commission is empowered to receive and examine petitions that denounce alleged violations of human rights set forth in the American Declaration in relation to this second group of States.

It is fitting to mention that in one of its early decisions the Commission observed that the fact that the American Declaration had been mentioned in the art. 1(2)(b) of its Statute could not been interpreted as to incorporate by reference all of the rights embodied in the Declaration into the American Convention on Human Rights[66]. Therefore, the Commission concluded that it could not take into consideration any petitions on presumed violations of human rights that were not incorporated in the Convention in relation to cases concerning its State parties, in particular presumed violations of the right to work or other economic, social and cultural rights[67].

Additionally, the Commission submits annual reports to the OAS General Assembly that include information on the attaining of the objectives set forth in the inter-American human rights instrument, including the American Declaration[68]. Annual reports of the Commission may also include overview of the situation of human rights in member States in case of, *inter alia*, unlawful suspension[69]; massive, serious and widespread violations[70]; or other serious impediments to the use and enjoyment of the rights

[64] *Ibid.*, referring to the art. 2 of the original IACHR Statute.
[65] Current version approved by the Commission in 2009, and modified in 2011 and 2013, for entry into force on 1 August 2013. Retrieved 1 Oct 2018, from http://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/rulesiachr.asp.
[66] IACHR, Annual report of the Inter-American Commission on Human Rights 1987-1988, Report cases No. 9777 and 9718, Argentina, 31 March 1988, Conclusions, para. 6.
[67] *Id.* Although, as Cerna observes, following the advisory opinion of the IACtHR (*supra* note 7), the Commission started to apply both the Declaration and the Convention in the same case to State parties to the American Convention, by declaring violations of rights set forth in the American Declaration that occurred before a State became a party to the American Convention. CERNA, C. M., "Reflections on the normative status of the American Declaration of the Rights and Duties of Man", *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 30, N 4 (2009), p. 1213.
[68] IACHR, Rules of Procedure, art. 59(2)
[69] *Id.*, Art. 59(6)(b)
[70] *Id.*, Art. 59(6)(c)

guaranteed in the applicable human rights instruments[71], including the American Declaration.

However, the Commission was asked to focus attention on the observance of several specific rights embodied in the American Declaration, which had not included the right to work[72].

The Commission dealt with violation of the right to work and to fair remuneration only on a few occasions in cases concerning the countries that were not parties to the American Convention on Human Rights[73]. In a case brought against Cuba, the petitioner alleged that his wife was dismissed from her work at the municipal agency of the Ministry of Public Health because of having asked to leave the country and, consequently, had to live off charity of relatives and friends with her daughter. Commission recognized that Cuba violated the right to work but did not elaborate on the elements of the right that had been affected, nor provided any reasoning for recognizing the violation. It can be suggested that the Commission took account of such aspects of the right to work as the right to protection from being dismissed unfairly and the very purpose of the right to work and to fair remuneration to ensure a standard of living suitable for the individual and his/her family.

In some cases, the petitioners alleged violation of the article XIV of the Declaration, but the Commission did not pronounce on the allegations in the decision on merits[74].

The Commission has rarely referred to the American Declaration in relation to the right to work and to fair remuneration in its reports. However, it did address the right to work in some of its annual and thematic reports, allowing to deduce, to a certain extent, the organ's interpretation of the content thereof.

---

[71] *Id*., Art. 59(6)(d)

[72] BUERGENTHAL, T., "The Revised OAS Charter and the Protection of Human Rights", *op. cit.*, p. 831, referring to the Resolution XXII of the Second Special Inter-American Conference in November 1965. See also Statute of the IACHR, art. 20(a).

[73] Resolution N 6/82, case 7602, Cuba, March 8, 1982, operative part, para. 2.

[74] See, for example, Report N 75/02, case 11.140, Mary and carry Dann v. United States, December 27, 2002, part III(A), para. 35. The case concerns allegedly illegal appropriation of ancestral lands belonging to the members of the western Shoshone indigenous people. The petitioners alleged, *inter alia*, violation of the right to work, claiming that that the ranch situated on the ancestral lands was their sole means of support through the sale of their livestock, goods and produce. However, the Commission mainly focused on the right to property, equality under the law, self-determination and cultural integrity, and did not address the right to work.

In several reports, the Commission addressed the right to work in relation to specific groups of population. In the 2011 thematic report on women's economic, social and cultural rights, the Commission examined principal advances and challenges and State's immediate obligations in relation to the women's right to work[75]. Firstly, the Commission evaluated general situation in relation to the women's right to work in the region, noting down that most of the American states recognized the right to work and the right to exercise it freely without any form of discrimination, including gender-based discrimination[76]. Further on, the IACHR estimated that the laws recognizing equal pay for women and men, women's right to maternity leave and protection during pregnancy; requiring the creation of nurseries and daycare centers; prohibiting workplace harassment, sexual harassment and other forms of violence against women in the workplace would enable women to effectively realize their right to work, making it possible for them to find work "that is decent, dignified and of quality"[77]. At the same time, the Commission took note of the insufficient implementation of such laws and the existence of gaps in the laws and policies resulting in the lack of equal access to jobs and equal terms of employment for women[78]. Secondly, the report described the international framework for women's right to work and other labour rights, which includes article XIV of the American Declaration[79]. Thirdly, the Commission singled out a series of obligation that the States should prioritize in order to ensure effective realization of the women's right to work, which refer to the adoption of necessary legislative, programmatic and policy-related measures to guarantee women's equality and non-discrimination at workplace[80]. The latter primarily include measures aimed at reducing gender wage gap for work of equal value, combatting workplace violence and harassment against women, as well as protecting women's rights during pregnancy and maternity leave[81]. Thus, the Commission sees non-discrimination guarantees and their effective implementation as a critical factor in ensuring women's right to work. It is interesting to note, that the report took note of the shift that had been produced with regard to the concept of 'work' itself

[75] IACHR, *The Work, Education and Resources of Women: The Road to Equality in Guaranteeing Economic, Social and Cultural Rights*, OEA/Ser.L/V/II.143, Doc. 59, 3 Nov 2011, retrieved 6 Nov 2018, from http://www.oas.org/en/iachr/docs/annual/2012/WomenDESC2011.pdf.
[76] *Id.*, para. 80, p. 28.
[77] *Ibid.*
[78] *Id.*, paras. 81-83, pp. 28-29.
[79] *Id.*, para. 89, p. 30.
[80] *Id.*, paras. 169, p. 61.
[81] *Ibid.*

to include not only productive, remunerated employment, but also unremunerated work in the home[82]. Accordingly, the Commission urged States to formally recognize women's unremunerated work and grant them social security benefits comparable to those granted for remunerated employment[83].

In the recommendation issued to Venezuela in 2015 annual report on the human rights situation, the Commission highlighted the importance of the right to work as a means of economic and social empowerment of women and youth, urging the State of Venezuela to carry out strategies in the areas of access to resources, decent work and education[84].

In its 2015 report on the human rights situation in the Dominican Republic and 2014 annual report, the IACHR linked the difficulties that the migrants, refugees and asylum seekers encounter in exercising social, economic and cultural rights, including the right to work, to their vulnerability, expressing concern that the right to work for these groups may be hindered by the existence of patterns of discrimination and xenophobia[85]. Similarly, the Commission stressed out that the impossibility of entering into formal employment for the refugees and asylum seekers hindered the exercise of their right to work, given that they are compelled to work in informal sectors of the economy or request third parties to receive their wage[86]. Thus, only a formal employment, allowing the worker to benefit from the social security and gain access to the housing savings fund system, in the conditions of equality and non-discrimination, could be qualified as decent work, according to the Commission.

The IACHR specifically examined the situation of people of African descent in the Americas, taking note of their low positions in the job hierarchy and low wages, as

[82] *Id.*, para., 79, p. 28; paras. 141-144, pp. 51-52.
[83] *Ibid.*
[84] IACHR, Annual report 2015, Chapter IV, Venezuela, Recommendations, par. 56, p. 722. Retrieved 5 Nov 2018, from http://www.oas.org/en/iachr/docs/annual/2015/doc-en/InformeAnual2015-cap4-Venezuela-EN.pdf.
[85] IACHR, Report on the Situation of Human Rights in the Dominican Republic, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 45/15, 31 Dec 2015, par. 539, p. 211, retrieved 5 Nov 2018, from http://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/DominicanRepublic-2015.pdf; IACHR, Annual report 2014, ch. IV, Human rights developments in the region, para. 145, p. 387, retrieved 5 Nov 2018, from http://www.oas.org/en/iachr/docs/annual/2014/docs-en/Annual2014-chap4A.pdf.
[86] IACHR, Annual report 2014, Ch. IV Venezuela, para. 653, p. 525, retrieved 5 Nov 2018, from http://www.oas.org/en/iachr/docs/annual/2014/docs-en/Annual2014-chap4Venezuela.pdf.

regards the right to work[87]. Once again, the Commission stressed out that discrimination (on racial grounds) resulting in unequal access to job opportunities and unequal terms of employment was a significant obstacle to the effective realization of the right to work[88].

The commission also pointed out the connection of the right to work with other human rights. For example, the IACHR mentioned the need to guarantee the right to work as a means to ensure citizen security[89], as well as affirmed the connection of the right to work with the freedom of association, in particular, in relation to the right to form and participate in workers' and professional unions[90]. In addition, the IACHR reiterated the prohibition on contemporary forms of slavery and forced labour as a form of protection of the right to freely chosen work, with fair and satisfactory working conditions[91].

2.2. The right to work and to fair remuneration in the practice of the Inter-American Court of Human Rights

The Inter-American Court of Human Rights is a judicial institution whose purpose is explicitly stated as "application and interpretation of the American Convention on Human Rights"[92]. Thus, the adjudicatory jurisdiction of the Court comprises those cases that concern the interpretation and application of the rights enshrined in the Convention. The only article of the Convention that can be alluded to in relation to the right to work is the article 26, establishing States' duties of progressive development in the area of social, economic and cultural rights. Additionally, the Court extended its advisory jurisdiction to the interpretation of the American Declaration according to the procedure contemplated in the art. 64(1) of the Convention[93]. The Court established that it was authorized to render advisory opinion interpreting the American Declaration at the

[87] IACHR, The Situation of People of African Descent in the Americas, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 62, 5 Dec 2011, para. 47, p. 18, retrieved 5 Nov 2018, from http://www.oas.org/en/iachr/docs/annual/2012/afrodescendantseng.pdf.
[88] *Id*., paras. 48-49, p. 19.
[89] IACHR, Situation of Human Rights in Guatemala: Diversity, Inequality and Exclusion, OEA/Ser.L/V/II, Doc.43/15, 31 December 2015, para. 109, p. 62, retrieved 5 Nov 2018, from http://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/Guatemala2016-en.pdf.
[90] IACHR, Annual report 2015, Chapter IV, Venezuela, *op. cit.*, para. 56, p. 722; IACHR, Annual report 2012, Ch. IV Human Rights Developments in the Region – Cuba, para. 84, p. 326, retrieved 6 Nov 2018, from http://www.oas.org/en/iachr/docs/annual/2012/TOC.asp.
[91] IACHR, *Captive Communities: Situation of the Guaraní Indigenous People and Contemporary Forms of Slavery in the Bolivian Chaco*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 58, 24 Dec 2009, paras. 55-62, pp. 16-18, retrieved 6 Nov 2018, from http://www.oas.org/en/iachr/indigenous/docs/pdf/CAPTIVECOMMUNITIES.pdf.
[92] Statute of the Inter-American Court of Human Rights, adopted October 1979, art. 1.
[93] Advisory opinion OC-10/89, *supra* note 7.

request of an OAS Member State or a qualified OAS organ "within the scope and framework of its jurisdiction in relation to the Charter and Convention or other treaties concerning the protection of the human rights in the American state"[94]. In deciding so, the Court referred to the article 29(d) of the American Convention, which stipulates that none of its provisions should be interpreted as to include or limit the "effect that the American Declaration of the Rights and Duties of Man and other international acts of the same nature may have"[95].

Accordingly, as Meza Flores suggests, it is possible to identify two approaches for the protection of social, economic and cultural rights, including the right to work, in the case-law of the Inter-American Court[96]. The first approach entails protection in case of State's failure to fulfil its duty of progressive development in the area of social, economic and cultural rights under the article 26 of the Convention. The second approach, which until recently has been dominant in the Court's practice, involves protection of the essential content of the social, economic and cultural rights through protection of the civil and political rights set forth in the American Convention.

As Sánchez-Castañeda rightly affirms, the right to work can be fulfilled only when exercised in harmony with civil and political rights in the context of employment, such as freedom of expression, association or manifestation exercised in the context of working relations[97]. Thus, any infringement of the workers' rights also implies violation of the right to work, which lies at the heart of all specific general, individual and collective rights derived from it[98].

Therefore, it can be said that the right to work has been latent in the Inter-American Court's case-law[99], which until recently have been addressing this issue tangentially.

---

[94] *Id.*, p. 13.
[95] *Id.*, par. 36, p. 10.
[96] MEZA FLORES, J. H., "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de protección de derechos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N 132 (2011), p. 1154.
[97] SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, A., "La presencia del derecho al trabajo en la Corte Interamericana", in KURCZYN VILLALOBOS, P. (coord.), *Derechos humanos en el trabajo y la seguridad social. Liber Amicorum: en homenaje al doctor Jorge Carpizo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2014, p. 233.
[98] *Id.*, p. 236.
[99] *Id.*, p. 233

One of the characteristic cases that demonstrates this approach is the Case of the Dismissed Congressional Employees (Aguado – Alfaro et al.) v. Peru[100]. Alleged victims filed a request for precautionary measures and later presented a petition to the IACHR. The case concerns the dismissal of 257 workers of the National Congress of Peru by means of two executive decisions issued in the context of serious social upheaval and the rupture of the institutional order in 1992. In 2004, the Commission adopted report on merits after having examined the positions of the State and the petitioners, and later decided to submit the case to the Inter-American Court, having considered that the State had not acted satisfactorily on the recommendation of the Commission[101].

The IACHR did not allege State's failure to comply with the article 26 of the Convention, asking the Court to establish the responsibility of the State for violating the right to fair trial, judicial protection, as well as for breaching its obligation to respect the rights and to adopt provisions of domestic law. Therefore, the Court did not pronounce on the violation of the right to work or any other socio-economic right affected by the dismissal of the workers. However, the Court took note of the victims' arguments with regards to article 26 of the Convention, which alluded to the fact that the alleged arbitrary character of the dismissal unjustly deprived them of their employment and of their right to remuneration, which, in turn, resulted in violations of other related rights, such as the right to social security. In response to this argument, the Court reiterated that the purpose of the judgement was to determine whether State violated victims' rights to judicial guarantees and judicial protection rather than to establish the nature of the dismissal, and limited itself to observing that the violation of these guarantees had prejudicial consequences for the victims, "to the extent that any dismissal has consequences for the exercise and enjoyment of other rights inherent in labor relations"[102]. In its separate opinion, judge Cançado Trindade expressed his dissatisfaction with the Court's refusal to address alleged violation of the article 26, reiterating that "all human rights, even economic, social and cultural rights, are promptly and immediately demandable and

[100] IACtHR, Judgement of 24 November 2006 (Preliminary objections, merits, reparations and costs), retrieved 2 Oct 2018, from http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_ing.pdf.
[101] IACHR, Application before the IACtHR in the case of dismissed congressional employees (case 11.830) against the State of Peru, 4 February 2005.
[102] Judgement of 24 November 2006, *op. cit.*, para. 136, p. 48.

justiciable, once the interrelation and indivisibility of all rights are affirmed at both the doctrinal and the operational levels"[103].

Similarly, in a more recent case of Canales Huapaya et al. v. Peru[104], two of the judges expressed their discontent with the Court's limited analysis of the article 26 of the American Convention in relation to the violation of the right to work. In a separate opinion, judges Caldos and Ferrer Mac-Gregor Poisot argued that despite the fact that neither the Commission nor the victims alleged the violation of the right to work, the Court could have addressed it in the context of the principle *iura novit curia*[105]. The circumstances of the case are similar to the one of Aguado - Alfaro et al. v. Peru, since both cases concern the dismissal of congressional employees.

The judges argued that the Court should have declared the State of Peru responsible for the violation of the article 26 of the Convention, because the arbitrariness of the dismissal resulted in a disproportionate limitation of the right to work, which in its turn, hindered victims' right to remuneration and social benefits. They supported their reasoning by referring to the 1) extent of the article 26 of the American Convention; 2) interdependency and indivisibility of civil and political rights and economic, social and cultural rights; 3) systematic interpretation of the American Convention and the Protocol of San Salvador; 4) right to work as an autonomous right and recognition of its direct justiciability by the courts in the region; 5) extent of the right to work in the context of the case[106].

Firstly, the judges argue that the rights protected by the article 26 of the Convention are those rights that can be derived from the norms referring to the economic, social, scientific, cultural development and education and to the respective State duties set forth in the OAS charter. In its turn, the exact array of those rights can be established by referring to the American Declaration and other human rights treaties ratified by a State[107]. Additionally, the judges recall the provisions of the article 29 of the American Convention, which, according to their reasoning, when read in conjunction with the

[103] *Id*., Separate opinion of Judge A. A. Cançado Trindade, para. 7.
[104] IACtHR, Sentencia de 24 de junio de 2015 (Excepciones preliminares, fondo,reparaciones y costas), retrieved 2 Oct 2018, from http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_296_esp.pdf.
[105] Voto conjunto concurrente de los jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Pisot, para. 3, p. 2.
[106] *Id*., para. 5, pp. 2-3.
[107] *Id*., para. 8, p. 3.

article 26, leads to conclusion that the provisions of national constitutions, laws and conventions ratified by a State should be taken into consideration by the Court to ensure maximum protection of human rights[108]. Therefore, those laws and constitutions, as well as other international instruments, including the American Declaration, can be of assistance in establishing the exact content and scope of the rights embodied in the article 26 and in the OAS Charter.

Secondly, it is argued that the Court can extend protection to the right to work by referring to the interdependence and indivisibility of social, economic and cultural rights on the one hand and civil and political rights on the other, "because they must be understood integrally as human rights without any specific ranking between them, and as rights that can be required in all cases before those authorities with the relevant competence"[109].

Thirdly, it is suggested that Court's jurisdiction to hear cases alleging violation of the right to work can be derived from the article 26 of the American Convention read in conjunction with the article 1.1 (State obligation to respect the rights recognized therein), 2 (State duty to adopt legislative and other measures to give effect to the rights and freedoms recognized in the Convention) and article 29 regarding the interpretation of the Convention[110]. In turn, several instruments must serve as reference in the process of interpretation of the right to work, including article XIV of the American Declaration[111]. The judges also highlighted special value of the American Declaration as a source for interpretation of the right to work[112].

Fourthly, the judges recall the provisions of the national constitutions of the State parties to the American Convention and the decisions of the constitutional courts in order to demonstrate the fundamental character of the right to work as human right and its direct justiciability in the context of the American Convention[113].

---

[108] *Id*., paras. 10-11, p. 4.
[109] *Id*., para. 12, p. 4, referring to the cases of Suárez Peralta v. Ecuador, para. 131 and Acevedo Buendía et al. v. Peru, para. 101.
[110] *Id*., para. 31, pp. 10-12.
[111] *Id*., para. 31(b), p. 11.
[112] *Id*., para. 31 (c), p. 11: "Cabe resaltar que estas dos Declaraciones [Universal and American] tienen un especial valor interpretativo de conformidad con lo previsto en el artículo 29.d del pacto de San José".
[113] *Id*., parte IV.

Thus, as follows from the reasoning set forth in the separate opinion, even though the right to work is not explicitly recognized in the American Convention, the Court can protect this right by referring to the article 26 in connection with other relevant provisions of the Convention, and using international instruments that contain provisions on the right to work, including article XIV of the American Declaration, for the purpose of interpreting article 26.

In one of its most recent decisions, the Inter-American Court seems to endorse the reasoning set forth in the separate opinion of the judges Caldos and Ferrer Mac-Gregor Poisot, recognizing for the first time the direct justiciability of economic, social and cultural rights under article 26 of the American Convention. The case of Lagos del Campo v. Peru[114] concerns the dismissal of a labour leader after he publicly denounced illicit actions of his employer in an interview for a magazine. The IACHR submitted the case to the Inter-American Court after the State denied having violated the rights of the petitioner.

In this landmark decision, the Court analysed alleged violation of the right to work and related labour rights. The Court took into consideration the fact that the victim repeatedly alleged violation of the right to work in its communication with the IACHR, even though the Commission has not mentioned it in the application lodged before the Court, and affirmed its jurisdiction to examine the scope of the right to work, and the right to security of employment in particular, under the article 26 of the Convention[115].

In its reasoning, the Court referred to the article XIV of the American Declaration as one of the provisions relevant for defining the scope of the protection granted in the article 26. The Court also recalled the provisions of the General Comment 18 of the UN Committee on Social, Economic and Cultural Rights and of the International Labor Organisation Convention 158[116] in order to demonstrate that State's failure to protect the workers from arbitrary dismissal leads to violation of their right to stability of employment, derived from the human right to work[117]. Accordingly, the Court established

[114] IACtHR, Caso Lagos del Campo v. Perú, Sentencia de 31 de agosto de 2017 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), retrieved 2 oct 2018, from http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf.
[115] *Id.*, paras. 133-140, pp. 42-46.
[116] ILO, Convention concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer, adopted 22 June 1982
[117] Lagos del Campo v. Perú, para. 147-148, p. 49.

that States have the following obligations in relation to the protection thereof: 1) to take appropriate measures to ensure proper regulation and oversight of this right; 2) to protect workers against unfair dismissal through competent bodies; 3) to remedy the situation in case of unfair dismissal through reinstatement, compensation or other means available under national legislation; 4) to ensure availability of effective grievance mechanisms in case of unfair dismissal in order to guarantee access to justice and effective legal protection in relation to the right to work[118].

Consequently, in relation to the case of Alfredo Lagos del Campo, the Inter-American Court concluded that the State of Peru did not comply with its Convention duties, because it failed to ensure protection of the right to work from the abuses attributable to third parties.

Thus, the Court has not only confirmed direct justiciability of the right to work under American Convention, but also specified State duties in relation to the protection of this right and made it clear that a State can be held responsible for violation of the right to work if it fails to adopt positive measures ensuring effective protection thereof from abuses by either state officials or private persons.

The Special Rapporteurship on Economic, Social, Cultural and Environmental Rights of the Inter-American Commission on Human Rights welcomed the decision of the Court in the case of Lagos del Campo, calling it an "historic milestone in the Inter-American jurisprudence and a step forward in the region for the interdependence and indivisibility between civil and political rights, on the one hand, and economic, social, cultural and environmental rights, on the other", as well as "one of the most important precedents in the regional jurisprudence on the matter", which "globally advances the strengthening of a vision of integral and joint protection of human rights" [119].

No doubt, this decision will continue to inform future practice of the Inter-American Court and the Commission. Since Lagos del Campo judgement has been

[118] *Id*., para. 149, p. 50.
[119] The Special Rapporteurship on Economic, Social, Cultural and Environmental Rights Welcomes the Historic Decision of the Inter-American Court of Human Rights on Justiciability in Matters of ESCER, IACHR, Press release, 15 November 2017, retrieved 9 Nov 2018, from http://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2017/181.asp.

adopted in 2017, the IACHR issued several positive decisions on admissibility in cases alleging violation of the right to work[120].

CONCLUSION

1. Adoption of the American Declaration on the Rights and Duties of Man in 1948 in Bogotá marked the beginning of the codification of human rights in the context of the inter-American human rights system. The right to work was included in the Declaration along with other social, economic and cultural rights, such as the right to leisure time, social security and education. Historic context, social, economic and political conditions, as well as various ideological influences at the time of the adoption of this instrument echoed in the final wording of the article XIV and other provisions of the Declaration.

2. Article XIV of the American Declaration addresses two central aspects of the human right to work. On the one hand, it enshrines the right to choose work freely, that is to say without any coercion or external pressure, and to exercise it in conditions of dignity and respect for human rights. On the other hand, article XIV contemplates the right to fair remuneration, understood as such a remuneration that would assure a standard of living suitable for every person who works and for his/her family.

3. The content of the right to work contemplated in the American Declaration can be fully comprehended only in conjunction with the correlative duty to work, understood as a social obligation or a moral imperative carried out for the well-being and satisfaction of the needs of the community, to which a person belongs to.

4. Article XIV of the American Declaration continues to be of great relevance for the protection of the right to work in the context of the inter-American system of human rights. Protection of the right to work granted under the American Declaration can be invoked as a legal basis for presenting individual petition alleging violation of this right by a State that did not ratify the American Convention on Human Rights before the Inter-

[120] See, for example, Report N 34/18, petition 1018-07, Guillermo Juan Tiscornia and Family, Argentina, par. 22. The Commission observed as regards the allegations of violations of art. XIV of the American Declaration that it is the American Convention, and not the Declaration, that is applied by the IACHR once it enters into force with respect to a State. However, since the petition alleged "violation of rights of identical substance upheld by both instruments", the Commission deemed that alleged violations of the art. XIV could be examined at the merits stage in relation to the art. 26 of the Convention.

American Commission. The IACHR can also invoke American Declaration in its reports on the situation of human rights in a particular State and draft recommendations aimed at tackling violations of the human rights embodied in the Declaration. Additionally, the reports and the decisions of the Commission provide interpretation on the scope and on the various aspects of the right to work.

5. Until recently, the Inter-American Court of Human Rights has not been granting direct protection to the right to work, addressing it only in connection with alleged violations of civil and political rights. However, its recent decision in the case of Lagos del Campo v. Peru recognized direct justiciability of the right to work under Article 26 of the American Convention on the progressive development of social, economic and cultural rights in connection with State's obligation to respect the rights recognized in the Convention and to adopt measures necessary to give effect to those rights.

6. Inter-American Court's decision in Lagos del Campo paved way for stronger protection of the right to work as a fundamental human right in the inter-American system, while, at the same time, recognizing the value of the article XIV of the American Declaration as one of the most important sources for the interpretation and determination of the scope of the right to work.

BIBLIOGRAFÍA

BADILLA, A. E., URQUILLA BONILLA, C. R., "El derecho al trabajo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", pp. 189-208, retrieved 1 October 2018, from http://www.corteidh.or.cr/tablas/a22091.pdf

BUERGENTHAL, T., "La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre derechos humanos", *Revista Instituto Americano de Derechos Humanos*, número especial en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 1ª ed., 1989, pp. 111-119.

BUERGENTAHL, T., "The Revised OAS Charter and the Protection of Human Rights", *American Journal of International Law*, Vol. 69, N 4 (1975), pp. 828-836

CANÇADO TRINDADE, A. A., "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-1955): evolución, estado actual y perspectivas", in BARDONNET, D., CANÇADO TRINDADE, A. A. (eds.), *Derecho internacional y derechos humanos: libro conmemorativo de la XXIV sesión del programa exterior de la Academia de Derecho Internacional de la Haya, San José (Costa Rica) 24 de abril - 6 mayo de 1995*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José / la Haye, 1996, pp. 47-97

CERNA, C. M., "Reflections on the normative status of the American Declaration of the Rights and Duties of Man", *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 30, N 4 (2009), pp. 1211-1237

GLENDON, M. A., "The Forgotten Crucible: The Latin American Influence on the Universal Human Rights Idea", *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16 (2003), pp. 27-40

Inter-American Yearbook on Human Rights 1968, General Secretariat of the OAS, Washington, 1973

LÓPEZ-PATRÓN, J. M., "Los derechos laborales en el sistema interamericano de protección de derechos humanos: la protección de los derechos económicos,

sociales y culturales", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N 12 (2008), pp. 183-216

MEZA FLORES, J. H., "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de protección de derechos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N 132 (2011), pp. 1127-1170

MOLINA HIGUERA, A. (auth.), *Contenido y alcance del derecho individual al trabajo: marco para la evaluación de la política pública del derecho al trabajo desde una perspectiva de derechos humanos*, Serie DESC, Defensoría del Pueblo – Colombia, Bogotá, 2005

MONROY CABRA, M. G., "Aplicación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Instituto Interamericano de derechos Humanos*, número especial en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 1ª ed., 1989, pp. 131-138

NIKKEN, P., "La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno derecho internacional de los derechos humanos", *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (1985), número especial en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 1ª ed., 1989, pp. 65-99

PAÚL, A., *Los trabajos preparatorios de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el origen remoto de la Corte Interamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2017

SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, A., "La presencia del derecho al trabajo en la Corte Interamericana", in KURCZYN VILLALOBOS, P. (coord.), *Derechos humanos en el trabajo y la seguridad social. Liber Amicorum: en homenaje al doctor Jorge Carpizo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2014, pp. 225-241.

SCHABAS, W. A. (ed.), *The Universal Declaration of Human Rights: the travaux préparatoires*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013

IV. EL SISTEMA INTERAMERICANO ANTE NUEVOS RETOS

Revista Electrónica Iberoamericana ISSN: 1988 - 0618
http://www.urjc.es/ceib/ Vol. 13, Edición Especial, 2019

LA ESTERILIZACIÓN FORZADA COMO VIOLACIÓN DE LA DECLARACIÓN AMERICANA. LA NECESIDAD DE REVITALIZACIÓN A 70 AÑOS DE SU ADOPCIÓN

FORCED STERILIZATION AS AN INFRINGEMENT OF THE AMERICAN DECLARATION. THE NEED TO UPDATE ITS INTERPRETATION IN THE EVE OF THE 70TH ANNIVERSARY

Antonio Muñoz Aunión[1]

Universidad Autónoma de Chile

RESUMEN

La Declaración Americana sobre los derechos y deberes del hombre, un texto original por representar la primera ocasión en la que los derechos humanos pasaron a ser de interés para el Derecho Internacional, es un documento que lejos de marchitarse a raíz de su septuagésimo aniversario debe servir como molde para impulsar nuevas reformas, tan necesarias, en el continente americano. Aprovechando el impase político entre los miembros de la OEA, este texto debe ser la base para que la sociedad civil y las ONGs de protección de derechos humanos urjan a los legisladores a construir un nuevo espacio de gobernanza con origen en la dignidad humana. El ocultismo existente en materia de esterilizaciones forzadas supone una grave violación de esta, y nos lleva a una situación paralela por cuanto al drama como los casos de mutilaciones genitales en África, o las muertes por dote en el continente asiático.

PALABRAS CLAVES: Declaración Americana – Consentimiento informado – Autodeterminación reproductiva – Proyecto de Vida – Esterilización Forzada

ABCTRACT

The American Declaration on the Rights and Duties of Man, an original text for representing the first time in which human rights became of interest for International Law, is a document that far from withering in the wake of its seventieth anniversary should serve as a mold to promote new reforms, so necessary, in the American continent. Taking

[1] Doctor en Derecho Internacional Público de la Universidad Autónoma de Chile.

advantage of the political impasse among the members of the OAS, this text should be the basis for civil society and human rights protection NGOs urging legislators to build a new space of governance based on human dignity. The existing occultism in the matter of forced sterilizations supposes a serious violation of former, and it takes us to a parallel situation, i.e the drama of cases of genital mutilations in Africa, or the deaths by dowry in the Asian continent.

KEYWORDS: American Declaration – Informed Consent – Reproductive self-determination- Project of Life- Forced Sterilization

SUMARIO: A) LA DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO CONTEMPORÁNEO. B). ALGUNOS ELEMENTOS DE INTERÉS DE LA SENTENCIA. 1. Sobre el Consentimiento Informado. 2-. Por cuanto al Derecho a la autodeterminación reproductiva y a formar una familia, el proyecto de vida. 3-. La Importancia de las Reparaciones. 4. Reflexiones acerca de la sentencia. C. A MODO DE CONCLUSIONES

* * *

El Derecho Internacional progresa en formas peculiares, el contenido de este ensayo teórico se dirige a resaltar la importancia y vigencia de un texto como el de la Declaración americana y como los grandes avances, no sólo desde el punto de vista de su exteriorización jurídica, sino por la consolidación de valores y por servir como parteaguas en momentos delicados debe seguir siendo usado y no quedar en el olvido. La nueva gobernanza internacional debe descansar sobre férreos pilares y la formación en las bases del Derecho internacional del siglo XX debe servir para que los actores jurídicos del presente cuenten con más instrumentos para desenredar los conflictos interestatales o entre individuos y Estados.

A. LA DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO CONTEMPORÁNEO. [2]

La Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del hombre,[3]cuyo lema es *la protección internacional de los derechos del hombre como guía principalísima de la evolución en el Derecho americano* fue el primero de los grandes instrumentos de protección de los derechos humanos puesto que se adelantó en ocho meses a la Declaración Universal[4] y es la primera manifestación internacional de derechos fundamentales pertenecientes a todas las personas, resulta innovadora también en el hecho de la horizontalidad de sus preceptos, como se infiere de la última parte de su denominación,[5] y en la posibilidad de peticionar a las Autoridades (art. 25)

---

[2]Nos encontramos ante situaciones difícilmente imaginables para los redactores de la Declaración, Cfr, en general sobre la aparición de nuevos derechos, Scheinin, M.; ¨ Sexual Rights as Human Rights – protected under existing human rights treaties? Nordic Journal of International Law, vol. 67, n. 1 1998, pp. 17-35

[3]Adoptada por la Novena Conferencia Internacional Americana, que reunió a 21 Estados en Bogotá, Colombia, en 1948 que no logró su intención original de convertirse en Convención. El antecedente inmediato de la misma se encuentra en la Resolución XL sobre Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre, México 1945. Cfr. Verna de Briceño, E.; *Presencia de los Derechos Humanos.* Universidad Católica Andrés Bello, 1992 p. 105. Sin el boato de Paris ni la presencia de la viuda del Presidente de Estados Unidos, o los ecos de la Vie en Rose, canción de moda de los bistrós. En 2008, con ocasión del sexagésimo aniversario de su adopción, una brillante exposición sobre la fuerza normativa de la Declaración fue realizada por la Profesora Christina Cerna, antigua asesora legal de la Secretaria de la OEA. En su Preámbulo se reconoce al documento como un sistema inicial de protección que habrá de fortalecerse a medida que las circunstancias sean más propicias. Véase, Insulza, J.M.; ¨60 aniversario de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre ¨ Revista IIDH, n. 46, 2007 pp. 13-17. No. 34. Asimismo, en 1998, a cincuenta años de su adopción también se señaló que estamos en presencia de un valioso instrumento para que la persona progrese espiritual y materialmente y pueda alcanzar la felicidad. Salvioli, F.; ¨ El sistema interamericano de protección de los derechos humanos ¨ en *XXXII eme Session d´Enseignement: Recueil Des Cours, Textes et sommaires Collection of Lectures. Texts and Summaries* , Edit. Institut International des Droits de l ´Homme Estrasburgo, Francia 1996. Texto en,https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_delHombre_1948.pdf/.

[4]Aprobada sin objeción alguna y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III) el 10 de diciembre de 1948 como respuesta a las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial, y a la que el consenso de la Declaración americana prestó ayuda en algunos debates para la adopción de ciertas normas.*The Universal Declaration of Human Rights: History of the Document, United Nations,* http:// www.un.org/en/documents /udhr/history.shtml. (última consulta, 2 de diciembre 2018). Sobre su eficacia, véase, Acosta – López. J.I.; Duque Vallejo, A.A.; ¨ Declaración Universal de derechos humanos. ¿Norma de ius cogens? ¨ Revista Colombiana de Derecho Internacional, Bogotá, Colombia, n.1 pp. 13-34, Ed.espe. 2008; el relato histórico, véase, Morsink, J.; *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting & Intent,* University of Pennsylvania Press, 1999.

[5] Cimentando la tesis del drittwirkung en el espacio internacional, sobre esta, véase, Rivero, J.; ¨ La protection des droits de l´homme dans les rapports entre persones privées ¨ en varios autores, René Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber, t. III Protection des droits de l´homme dans les raports entre persones privées, Paris, Pedone, 1971 ; Knox, J. H.; ¨ Horizontal Human Rights Law ¨ American Journal of International Law, vol. 102, 2008

Ya un año antes, los Estados americanos daban muestra de su interés en reforzar el Derecho internacional regional [6]con la Conferencia Interamericana para el Mantenimiento de la Paz y la Seguridad del Continente, reunida en Río de Janeiro, Brasil, cuando comenzaba a gestarse la Guerra Fría, adoptando *el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca*, con el fin de asegurar la legítima defensa colectiva ante un eventual ataque de una potencia de otra región y decidir acciones conjuntas en caso de un conflicto entre dos Estados partes del Tratado. Las siete décadas transcurridas desde aquel entonces suponen un hecho objetivo para su revigorización, y apuntamos a la necesidad de incluir un Protocolo o Declaración Política con la nueva configuración de derechos del Siglo XXI que la sociedad civil requiere, en línea con los objetivos de la Agenda 2030 y la *opinio iuris* de la Corte,[7]y dar un paso más en la humanización del Derecho Internacional.[8]

En la actualidad, el eslabón débil de la Declaración, [9]a pesar de su obligatoriedad tanto moral como legal [10]en este sentido se ha expresado la Comisión Interamericana[11] y

[6] Para Gros Espiell, ¨ no cabe duda que la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre se inscribe en un proceso histórico americano en el que la idea de que el ser humano es titular de derechos consustanciales con su naturaleza, inalienables e imprescriptibles… ha sido una constante invariable de nuestra evolución política y jurídica, ¨ en ¨ La declaración americana de los derechos y deberes del Hombre. Raíces conceptuales en la historia y el derecho americano ¨ *Estudios sobre Derechos Humanos II* p. 88 Edit. Civitas, Madrid, España 1988.

[7] Ya en 1959 en Santiago de Chile, la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores trato de llevar a cabo una conversión similar, declarando: ¨ … dados los progresos alcanzados en materia de derechos humanos después de once años de proclamada la Declaración Americana y los avances que paralelamente se experimentaron en el seno de las Naciones Unidas … se halla preparado el ambiente en el Hemisferio para que se celebre una convención. Considera indispensable que tales derechos sean protegidos por un régimen jurídico … Con tal propósito, en la Parte I de la resolución se encomienda al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un proyecto de Convención sobre derechos humanos … (OEA, 2003: 7)

[8]Meron, Th.; *The Humanization of International Law*, Ed. Martinus Nijhoff, 2006; Peters, A.; ¨ Humanity as the A and Ω of Sovereignty ¨ European Journal of International Law, vol. 20, n. 3, 2009

[9] Tomamos como punto de partida la definición que hace la práctica de Naciones Unidas que considera a las declaraciones como ¨ un instrumento oficial y solemne, adecuado para ocasiones muy especiales en la que se enuncian principios de importancia, grandes y permanentes. ¨ Mazuelos Bellido, A.; ¨ Soft Law. Mucho ruido y pocas nueces ¨ Revista Electrónica de Estudios Internacionales n. 8, 2004, pp. 1-40

[10] Pedro Nikken señaló que la Declaración americana se había convertido en un instrumento jurídico obligatorio para los Estados miembros de la OEA sobre dos puntos de vista, por un lado, por haber quedado incorporada a la Carta de la OEA, y por otro, por reunir todas las características que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia señala para que se considere una práctica consuetudinaria. ---.; ¨ El Derecho Internacional de los derechos humanos, su desarrollo progresivo¨ Edit. Civitas, Madrid, España 1987, ppgs. 284-308

[11] Manteniendo que la Declaración adquirió fuerza vinculante al ser el único documento de derechos humanos existente en 1967 cuando la Carta de la OEA se enmendó y elevó a la Comisión a la condición de órgano principal de la institución regional, indirectamente se incluyó la Declaración dado que la referencia a ¨los derechos humanos ¨ en la Carta debe entenderse como referida a la primera, puesto que era el único catálogo de derechos humanos existente a la fecha en el sistema interamericano. En este sentido, cfr., el

la propia Corte Americana de Derechos Humanos, [12]es la existencia de artículos cuyo cumplimiento no es uniforme por parte de los Estados. No obstante, la existencia de numerosos compromisos internacionales posteriores, los derechos de la mujer no se ven garantizados, menos si cabe, cuando pertenecen a grupos minoritarios. Para muestra, la propia denominación de la Declaración que hizo necesario recordar la urgencia de cambiar el texto para incluir a todas las personas reemplazando la mención exclusiva a ¨ hombres.¨[13]

En las siguientes líneas, nos referimos a los artículos I, VII, y VI este último lee:

¨Toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella ¨

Desafortunadamente, este manto protector se infiere en la práctica de algunos Estados exclusivamente a la mayoría de familias que se consideran *sostenibles*, *tradicionales*,[14] y no para aquellas que se perciben, como una potencial *carga* para el Estado[15]conculcando el principio mencionado en el Preámbulo como es la Dignidad del

propio estatuto de la Comisión Interamericana aprobado por resolución n. 447 de la Asamblea General de la OEA de octubre de 1979 en su art. 1. 2 b).

[12] ¨La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto. ¨Opinión consultiva No. 10, 1989 Interpretación de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 14 de julio, solicitada por el Gobierno de Colombia. Ser. A ¶ 47.

[13] Ver, Resolución de la Asamblea General de la OEA 1591 XXVIII – O/98 2 de junio de 1998. Esta tradicional masculinización del Derecho internacional de los derechos humanos explica la deriva hacia procesos de control de la mujer, véase, Sifris, R.; *Reproductive freedom, torture and international human rights: Challenging the masculinisation of torture*, 2014.

[14]Sobre este punto, indicar que en la India se han identificado 11 formas distintas de familia: nuclear, nuclear supletoria, subnuclear, monoparental, monoparental supletoria, compuesta colateral, compuesta colateral supletoria, compuesta lineal, compuesta lineal supletoria, compuesta colateral lineal y colateral lineal supletoria, en Kolenda, P.; ¨ Regional differences in family structures in India ¨ en Ratna Kapur y Cossman, B.; *Subversive Sites, Feminist Engagements with Law in India*, Nueva Delhi, Sage Publications, 1996.

[15] Sin que en nada mejore la situación de pobreza, la imposibilidad de tener más descendencia, además d empujar al ostracismo social, ¨ las mujeres que son incapaces de reproducir son vistas usualmente como ¨ menos ¨ mujeres, en Sifris, R.; *Reproductive Freedom, Torture* … nota, píe n. 10, pp 83-86. En un sentido similar, la realidad de quienes ven como nuevas infraestructuras traen más miseria que beneficios. ¨ Desplazados por el progreso¨ publicada en Planeta Futuro, en colaboración con el Consorcio de Periodistas internacionales, The Huffington Post y otros medios internacionales, El País, disponible en http://www.elpaís.com/elpais/2015 /10/06/planeta_futuro/1444151721_613374.htm, citado por Arenal Lora, L.; Crímenes económicos en Derecho internacional: propuesta de una nueva categoría de crímenes contra la humanidad, Universidad de Sevilla. Tesis doctoral, p. 32 2018.

ser humano del que deriva el resto de derechos, [16]y que es a la fecha es un elemento poco utilizado por la Jurisprudencia de la Corte Interamericana.

La dignidad requiere condiciones que permitan gobernarse y ejercer la independencia ética y física dentro de un contexto social determinado y también exige respetar la humanidad de los otros. [17]La existencia de la esterilización forzosa [18]supone una afrenta a la dignidad por cuanto da por sentado el determinismo de ciertas categorías sociales y la nulidad de su consentimiento, y lesiona el derecho a la salud. [19]Otra consecuencia será, la de los efectos psicológicos de la esterilización forzosa que pueden compararse a los de aquellas personas que sufren infertilidad,[20]encontrándonos frente a unas víctimas silenciosas con efectos en el tiempo desconocidos.

Por otro lado, no nos enfrentamos ante ninguna novedad o excepción americana ya que resulta harto conocido que en varios países con regímenes políticos democráticos el movimiento eugenésico bajo pretextos darwinianos se adelantó, [21]v. gr, la esterilización de delincuentes, o personas con taras físicas o psíquicas, con mucho a las leyes alemanas nazis de Núremberg sobre pureza racial siendo aquí donde las proporciones llevaron a la transformación en un Estado biológico con consecuencias nefastas. [22]Incluso en la actualidad la práctica se encuentra extendida en diversos rincones del mundo, a saber, Uzbekistán o Namibia. La esterilización se produce además en un ambiente hostil donde las mujeres tienen una limitada libertad de movimientos [23]y con un alto grado de

---

[16] Yamin, A.E.; *Power, suffering and the struggle for dignity: Human rights frameworks for health and why they matte*r (Philadelphia, PA: Universidad de Pennsylvania Press, 2016), Schachter, O.; ¨ Human dignity as a normative concept ¨ American Journal of International Law, vol. 77 1983.

[17] Sobre su evolución, véase, Sensen, O.; ¨ Human Dignity in Historical Perspective: The contemporary and traditional paradigms ¨ European Journal of Political Theory vol. 10, 2011

[18] Bajo esta denominación se incluyen los supuestos de esterilización donde falta el consentimiento bien por no comunicar la intervención al paciente o por realizarse la misma contra su voluntad.

[19]En la Observación General n. 14 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales se declara: ¨ el derecho a la salud no debe entenderse como el derecho a estar sano, el derecho a la salud contiene tanto libertades como derechos, entre las primeras, se incluye el derecho al control sobre la salud y el cuerpo, incluido la libertad sexual y reproductiva, y el derecho a estar libre de interferencias, tales como la tortura, los tratamientos médicos sin consentimiento, y experimentos médicos. Por otro lado, bajo los derechos se incluye el derecho a un sistema de protección de salud que preste sus servicios en base a la igualdad de oportunidades de las personas a disfrutar del máximo nivel posible de salud. ¨UN Doc. E/C.12/2000/4 (2000), para. 8.

[20] El hecho de no poder tener un hijo biológico hace que las personas sufran de ansiedad, culpa, depresión, enfado, rechazo, y aislamiento, y describen esta situación como la experiencia más desoladora de sus vidas. Véase, Andrews, L.B.; & Douglass, L.; Alternative Reproduction 65 S. Cal. L. Rev. 623, 629 (1991)

[21]Programas eugenésicos de principios del siglo XX que buscaban que solamente las personas ¨aptas¨ y ¨productivas¨ formaran parte de la sociedad y que otras personas dejaran de existir.

[22]Aly, G.; Chroust, P.; Pross, C.; ¨Cleansing the fatherland: Nazi medicine and racial hygiene ¨ 1994.

[23] Las conocidas situaciones de ´custodia´ bajo las que se incluye cualquier forma de detención o privación de libertad, y el término ´control´ que incluye cualquier tipo de dominio sobre la persona. En general,

autoritarismo, que nos recuerda a la situación de inmigrantes en situación irregular o solicitantes de asilo.[24]

El contorno del continente americano permite una Armonización gradual que erradique estas prácticas y refuerce los trabajos de la Comunidad internacional, [25]y a ese fin serviría un texto anexo a la Declaración. Los países Latinoamericanos, pero entendemos que bajo el principio de dignidad y la aplicabilidad de la Declaración Americana a todo el continente,[26]también extensible a Canadá, y Estados Unidos de América,[27] que no aseguren el Derecho a un consentimiento informado y la implantación de medidas para erradicar la violencia contra la mujer, conculcarán sus obligaciones internacionales con independencia de las normas nacionales sin posibilidad de acudir al margen de apreciación nacional.[28]

Los motivos para la relectura del texto tras 70 años se encuentran en la dificultad de acceso a la jurisdicción de la Corte y al proceso de comunicación a la Comisión en razón de la propia idiosincrasia y el alejamiento de la población de los centros de poder en el continente americano y a las diferentes culturas jurídicas con mayor o menor desconocimiento de los sistemas de protección regional presentes en las Américas, todo lo anterior hace que la presencia de la Organización de Estados americanos no tenga suficiente repercusión en la población por lo que los avances son limitados, es por ello que se requiere un proceso de mayor transparencia, y abrir la Declaración a un proceso de revisión *sui generis* añadiendo una adenda, supondrá entrar en una etapa nueva de empoderamiento para los sectores de población más proclives a la violación de sus

---

Márquez Carrasco, C.; ¨ Los elementos específicos de las conductas constitutivas de los crímenes contra la humanidad en derecho internacional penal ¨Revista General de Derecho Penal 10, 2008, p. 380

[24]Como apunta Alija Fernández, R.A ¨ es menester no olvidar la naturaleza transversal de los Derechos humanos en las políticas públicas, especialmente necesarias en tiempos de crisis. ¨ En ¨ La transversalidad de los derechos humanos en las políticas públicas y su eficacia en tiempos de crisis ¨ Bonet Pérez, J.; Saura Estapá, J.; (eds) El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en períodos de crisis. Estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 31 y sigs.

[25] Por ejemplo, el Protocolo de Maputo adicional a la Carta Africana de Derechos Humanos o el Principio n. 24 de los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, en https://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/. Carrillo Santarelli, N.; ¨ Enhanced multi-level protection of human dignity in a globalized context through humanitarian global legal goods. ¨ Global Legal Goods Working Papers, n. 2/2011.

[26] Hoy día son treinta y cinco Estados los que forman parte de la Organización de Estados Americanos, de los cuales sólo veintitrés han ratificado el Pacto de San José, de los cuales veinte reconocen la jurisdicción de la Corte.

[27]En este sentido interesante recordar el pronunciamiento de la Corte sobre la situación en Guantánamo.

[28] Villarreal Amaya, A.F.; ¨ El principio pro homine: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado ¨ International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, 2005.

derechos humanos, en un proceso similar a lo que representó la Carta Europea de Derechos Fundamentales[29], ahondando en el efecto útil del Derecho Internacional y con base en precedentes anteriores.[30] La propia Declaración es ejemplo de progresismo, como señala, Cançado Trindade, al avanzar una visión integral de los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales). [31]Más aún si se analizan las comunicaciones de la Comisión, sirva como ejemplo, su posicionamiento respecto de la eficacia extraterritorial de la Declaración, más resuelta y eficaz que su contraparte en Europa. [32]

En el marco del Consejo de Europa, la contraparte de la OEA en el continente europeo, un avance de similar proporción se encuentra en el Convenio de Estambul[33]cuyo Preámbulo aspira a crear ¨ una Europa libre de violencia contra la mujer … ¨o el Convenio de Oviedo sobre derechos humanos y biomedicina de 1997. [34]

Finalmente, una declaración como la que se sugiere puede servir como elemento aglutinador para las diversas Organizaciones regionales del continente, muy politizadas y opuestas en sus ideologías, y volver a colocar el Continente americano a la vanguardia de la lucha contra la violencia de mujeres como ocurriese con la adopción del Convenio Interamericano para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de Belem

[29]DOUE 2000/C364/01 18/12/2000

[30]Ejemplo de esta adaptación lo encontramos en la existencia de dos Protocolos anexos al Pacto de San José, en concreto, el Protocolo de San Salvador de 1988 sobre Derechos económicos, sociales y culturales, y el Protocolo de Asunción de 1990 sobre la abolición de la pena de muerte

[31] Novena Conferencia Internacional de los Estados americanos: ¨ Acta final: resolución XXX, Bogotá, Colombia, marzo 30- mayo 2, pp. 38 y sigs. Edit. UPA 1948

[32]Sobre esta transformación pro homine, véase, el Asunto Alejandre c. Cuba, la CIDH extendió la aplicabilidad de la Declaración extraterritorialmente, declarando: ¨ Los derechos fundamentales de la persona son proclamados en las Américas sobre la base de los principios de igualdad y no discriminación sin distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo ... Si bien ello se refiere comúnmente a las personas que se hallan dentro del territorio de un Estado, en determinadas circunstancias puede referirse a la conducta con un locus extraterritorial ... caso n. 11137, Informe n. 86/99, de 29 de septiembre de 1999, Doc OEA/Ser.L/V/II, 106. Doc. 3 rev. en. 586 (1999). Citado por Gutiérrez Castillo, V.L.; ¨ La aplicación extraterritorial del Derecho Internacional de los derechos humanos en caso de ocupación beligerante¨ Revista Electrónica de Estudios Internacionales vol. 36, 2018, p. 29. En general sobre una soberanía extraterritorial, véase, Van Staden, A.; Vollard, H.; ¨The Erosion of State sovereignty: Towards a Postterritorial World? En Kreijen, G.; y otros (eds) *State, Sovereignty and International Governance*, OUP 2002

[33]Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica Estambul, 11-5-2011, cuyo art. 39 considera que la esterilización forzosa es un acto delictivo contra la mujer

[34]https://www.coe.int/en/web/bioethics/oviedo-convention. Art. 5 – Regla general ¨ No podrá llevarse a cabo intervención alguna en una persona – en materia de salud – sin su consentimiento informado y libre. Dicha persona deberá ser informada antes, y de manera adecuada, sobre el objetivo y naturaleza de la intervención, así como de sus consecuencias y riesgos. Podrá revocar el consentimiento en todo momento y con plena libertad. ¨

do Para en 1995,[35] la protección de sectores de la población históricamente marginados, a saber, el Convenio Interamericano para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, de 6 de junio de 1999, [36] o el Convenio Interamericano de derechos de las personas mayores. [37]

Los siguientes párrafos van a analizar lesiones puntuales al Derecho Internacional a raíz de los programas de esterilización tanto de mujeres como de hombres[38] pertenecientes a ciertos grupos minoritarios,[39]sobre una reciente sentencia y como la progresión de los derechos humanos a 70 años de la adopción de la Declaración se encuentra en este ámbito seriamente amenazada para ciertas categorías de personas, independientemente del desarrollo humano del Estado del hemisferio en cuestión, v. gr,

[35]Texto en http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html.

[36]Firmada en Guatemala el 7 de julio de 1999, en vigor desde el 14 de septiembre de 2001, texto en, http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html.

[37] Firmada en Washington DC, el 15 de junio de 2015, en vigor desde el 1 1 de enero de 2017, texto en, http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp. Prueba del convencimiento jurídico sobre sus términos, un elemento principal es el del consentimiento libremente manifestado y velar por su tutela, es que la primera Convención que ha estado sucesivamente abierta a la firma, ratificada y adherida por la mayoría de los Estados miembros de la Organización. Véase, Seatzu, F.; ¨ Sulla Convenzione dell´organizzazione degli stati americani sui diritti delle persone anziane. ¨ Anuario de Derecho Internacional, vol. 31, 2015 pp. 349-366

[38] En menor grado que las mujeres bajo el estereotipo de que las mujeres tienen la responsabilidad principal en la procreación y les corresponde preocuparse por los mecanismos anticonceptivos. Por ejemplo, según datos de la Defensoría del Pueblo del Perú, entre 1997 y 1999 se recibieron más de 90 denuncias relativas a violaciones de los derechos reproductivos, las cuales involucraban a 157 personas (138 mujeres y 19 varones) En Estados Unidos, el 60 % de las esterilizaciones forzosas se realizan en mujeres. Lawrence, M.; ¨ *Reproductive rights and State institutions: The Forced Sterilization of Minority Women in the United States* ¨ primavera, 2014 Senior Theses Trinity College Harford, http://www.digitalrepository.trincoll.edu/theses/390.(última consulta, 1 diciembre 2018), p. 6.

[39] Cfr. Robinson, J.; ¨ US sterilizes 25 percent of Indian Women: Study¨ Chicago Tribune, 22 de mayo 1977, sec. 1 p. 36 Además en algunas culturas la imposibilidad de engendrar hijos supone la negación de un poder que es sagrado, véase, Gail Mark Jarvis, ¨ The Theft of Life ¨ Akwesasne Notes septiembre 1977: pp. 30-32. Son frecuentes las consultas sobre la posibilidad de implantar un útero en los hospitales lo que hoy día ya si es una realidad con importantes implicaciones para la ética y costes difícilmente asumibles. En la sentencia Artavia Murillo c. Costa Rica, la Corte observó ¨ si bien el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos únicamente por su capacidad reproductiva, la feminidad es definida muchas veces a través de la maternidad. En estas situaciones el sufrimiento personal de la mujer infecunda es exacerbado y puede conducir a la inestabilidad del matrimonio, a la violencia doméstica, la estigmatización e incluso el ostracismo. ¨ fondo, reparaciones y costas Sentencia Corte IDH Ser. C n. 257 ¶ 296 28 de noviembre de 2012. En la actualidad, y a pesar de un texto internacional especifico como el convenio de derechos de las personas con minusvalías, estos grupos de personas sufren en mayor medida episodios de esterilizaciones forzadas, en este sentido la Convención mantiene la necesidad de que el consentimiento sea efectivamente de la persona disminuida en cuestión por lo que es necesario adoptar las medidas de control para su realización efectiva. Muestra de la preocupación sobre este tema, es el Informe del Parlamento Europeo de 9 de junio de 2016 sobre la implementación del Convenio con especial atención a las recomendaciones finales de su Comité, en http:// www.europarl.europa.eu/sides.

Chile,[40] México,[41] Perú,[42] Canadá[43] o Estados Unidos [44] por señalar sólo algunos[45], este último con la gravedad añadida de una política exterior invasiva con incentivos en Centroamérica para prevenir movimientos migratorios en conexión con empresas privadas.[46]

La esterilización forzosa constituye la violación de varios derechos humanos consagrados internacionalmente, entre otros,[47]el principio del consentimiento informado, [48]uno de los pilares en la práctica de la medicina y base de los derechos de los pacientes,[49]

[40]V. gr. Asunto F.S. v. Chile admitida a trámite por la Comisión en septiembre de 2014 y que llevo a un cambio de política por este país. Víd, http://hrbrief.org/hearings/chile-caso-f-s/. (última consulta, 20 de noviembre de 2018)

[41] Como se pone de manifiesto en la recomendación general n. 31/2017 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México.

[42] Donde más de 350.000 mujeres de etnia quechua, aimara, shipiba y ashaninkas fueron esterilizadas forzosamente bajo un programa de salud del Gobierno de Fujimori. Cfr. Cabitza, M.; ¨ Peru women fight for justice over forced sterilization ¨ BBC News, https://www.bbc.com/news/world-latin-america-15891372. (última consulta, 2 diciembre 2018). En detalle, Montilla Falcón, J.; ¨ El Caso de las esterilizaciones forzadas en el Perú como una violación de los derechos humanos ¨ Ius et veritas vol. 23 pp. 1-20

[43]https://www.theguardian.com/world/2018/nov/18/canada-indigenous-women-coerced-sterlilization-class-action-lawsuit. (última consulta, 2 de diciembre 2018)

[44]En la década de los veinte, la mitad de Estados tenían normas que regulaban la esterilización forzosa para distintas categorías de personas, a saber, delincuentes, violadores, epilépticos, enfermos mentales e idiotas. Véase, Kevies, D.; *In the name of Eugenics*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2 ed. 1995. Alrededor del 25% de las mujeres nativas de Norteamérica fueron esterilizadas durante la década de los setenta. Lawrence, J.; ¨ The sterilization of native American women ¨ American Indian Quarterly, vol 24, n. 3 2000, http://www.jstor.org/stable/1185911, p. 400. (última consulta, 2 de diciembre de 2018)

[45] Nos circunscribimos a este lado del Atlántico, y a enunciar algunos países a modo meramente ilustrativo. En general, véase, Open Society Foundations, Against her will: Forced and Coerced Sterilization of Women Worldwide 2 (2011)

[46] En el pasado esta política ya llevó a una importante controversia en Latinoamérica, véase, Geidel, M. (2010). "'Sowing Death in Our Women's Wombs': Modernization and Indigenous Nationalism in the 1960s Peace Corps and Jorge Sanjines' Yawar Mallku." *American Quarterly, 62* (3): 763-786.

[47] Por motivos de espacio, estas líneas se limitan a analizar las consecuencias para el Derecho internacional de la esterilización forzosa sólo sobre algunos derechos humanos.

[48] Código de ética médica de Núremberg de 1947, la Declaración de Ginebra de 1948 o la Declaración de Helsinki de 1964 y la Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos cuyo artículo 6 lee: ¨ toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. ¨
En el plano regional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y biomedicina reserva el capítulo II a la cuestión del consentimiento. Art. 5 Regla General. No podrá llevarse a cabo intervención alguna en una persona – en materia de salud- sin su consentimiento informado y libre. Dicha persona deberá ser informada antes, y de manera adecuada, sobre el objetivo y naturaleza de la intervención, así como de sus consecuencias y riesgos. Podrá revocar el consentimiento en todo momento y con plena libertad.

[49] La Declaración de la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre derechos de los pacientes cataloga el consentimiento informado como requisito para cualquier intervención médica y prevé la posibilidad de que el paciente se niegue o interrumpa la intervención.

que repercute directamente en el derecho a la salud, en el derecho a la integridad corporal y en el derecho a la autodeterminación reproductiva. [50]

Las principales perjudicadas van a ser las mujeres[51] lo que significa otro ejemplo del clásico paternalismo del Derecho Internacional y de una racionalidad de tomar decisiones con una mentalidad patriarcal en ¨ beneficio de la mujer pero sin atender a sus necesidades.¨ [52] Este paternalismo se repite en la atención médica, como indica la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia. [53]

La llegada del primer caso de esterilización forzosa a la Corte Interamericana, el Asunto I. V c. Bolivia,[54] una mujer peruana refugiada en este país, colmó de esperanzas a activistas de derechos humanos y a grupos feministas del continente americano preocupados por una práctica que no acaba de desaparecer en las diversas soberanías presentes en el Hemisferio.

Un órgano como la Corte Interamericana sin la rigidez de su contraparte europea,[55]con una carga de trabajo muy inferior,[56]con mayor autoridad y presencia en los medios que los diversos Comités de monitorización de instrumentos convencionales de

[50]Se entiende por salud reproductiva, un estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos.

[51] Este término incluye a las niñas menores de 18 años

[52] En relación a políticas nacionales pero extensible al Derecho internacional, véase, por ejemplo, Bunch, Ch.; Frost, S.; ¨ Women´s rights as human rights ¨ *Routledge International Encyclopedia of Women: Global Women's issues and knowledge.* Routledge, 2000. p. 2. Una perspectiva sobre el Derecho Internacional, véase, Charlesworth, H.; Chinkin, Ch.; *The boundaries of international law. A feminist analysis*. Manchester University Press, 2000, y Tesón, F.R.; ¨ Feminism and International Law: A Reply ¨ Virginia Journal of International Law, vol. 33, 1993

[53]*Ethical framework for gynecologic and obstetric care* (2007); International Federation of Gynecology and Obstetrics, *Guidelines regarding informed consent* (2007) p. 12

[54] Asunto I. V v. Bolivia, N. 12655 CADH. Como consecuencia del incumplimiento por parte de Bolivia de las recomendaciones de 2014 por parte de la Comisión Interamericana.

[55]Como lo demuestran las sucesivas reformas del Reglamento de la Corte, la más reciente estableciendo la figura del Defensor Interamericano o el Fondo de Asistencia Legal de Víctimas. Por el contrario, en Europa se opta por un modelo de Corte subsidiaria y no sustitutiva, confiando en exceso en la buena voluntad de los poderes judiciales y ejecutivos de los Estados miembros del Consejo de Europa, cfr. Cebada, A.; Nickel, R.; ¨El futuro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿Hacia el Protocolo n. 15?, ¨ Mariño, F.; (coord.) *La aplicación del Derecho Internacional de los derechos humanos en el Derecho español*, Madrid BOE 2009, p.240

[56] En un período de contracción como consecuencia de su masiva utilización, en este sentido, véase, Sánchez Patrón, J.M.; ¨ El acceso de los individuos a los mecanismos institucionales para la protección de sus derechos fundamentales: un logro en riesgo en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ¨ *XXV Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales,* pp. 178-186, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2013.

Derechos Humanos, [57]y con una trayectoria innovadora hace que sus razonamientos sean siempre muy esperados.[58]El fallo llegó a finales de 2016 pero las esperanzas de repetir otro caso como el de Campo Algodonero[59] de 2009 se desvanecieron ya que *solamente* fijó la obligación de Bolivia de hacer todo lo posible para evitar la ¨repetición¨ de estas violaciones. A pesar de que, sobre el texto de la Ley, la nueva Constitución reconocía los derechos de tercera generación, como el derecho a la salud, la discriminación de la mujer es sistémica en el país. [60]Mediante el cumplimiento de la sentencia se abre la puerta a la armonización entre las palabras de la ley y la vida real, gracias al empuje de la jurisdicción internacional.

B. ALGUNOS ELEMENTOS DE INTERÉS DE LA SENTENCIA.

1. Sobre el Consentimiento Informado.

El concepto de consentimiento informado impone a los profesionales sanitarios el deber de abstenerse de ejercer un control paternal y en su lugar ofrecer a las mujeres la información necesaria para tomar su propia decisión.[61] En otros términos, ¨ ningún médico debe considerar su propio beneficio en lo que prescribe sino en el bienestar de su paciente. Sin embargo, la relación, médico–paciente femenino, sobretodo en el continente americano, se encuentra lejos de ser la ideal, una relación asimétrica con el potencial de

[57]Por ejemplo, la decisión del Comité sobre la discriminación de la mujer en el asunto A.S c. Hungría de 2006.

[58] Como indica su antiguo Presidente Sergio García Ramírez citando a González Moreno, F.; esta jurisdicción internacional ha exigido a sus justiciables ¨decisiones y transformaciones ¨ de gran importancia en el curso de las últimas décadas, en *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 58, pp. 290-291, y p. 457 y ss. Respecto de la innovación de sus fallos, cabe recordar que fue la que considero la violación como una forma de tortura que desencadeno un efecto domino en otras jurisdicciones. Véase, Asunto Martín Mejías v. Perú, Asunto 10970 CIDH N. 5/96

[59] Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México sentencia de 16 de noviembre de 2009

[60] Schabas, W.; ¨ State policy as an element of International Crimes ¨ Journal of Criminal Law and Criminology, 2008, vol. 3, primavera, artículo 6, p. 964

[61] El Relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes hizo un análisis específico en relación con los derechos reproductivos en su Informe de 2013 y consideró que ¨ el acceso a la información sobre la salud reproductiva es imprescindible para que una mujer pueda ejercer su autonomía reproductiva, y sus derechos a la salud y a la integridad física ¨ ONU Informe del Relator, Juan E. Méndez A/HRC/22/53, 1 de febrero de 2013, párr. 33

afectar la autonomía reproductiva de la mujer y su dignidad. La interacción se maneja en base a discursos profesionales de ¨expertos ¨ en los que la voz del paciente se diluye.[62]

El Tribunal reconoce que, a través de los siglos, la salud sexual y reproductiva se ha visto limitada o anulada sobre la base de estereotipos de género negativos que veían la función de la mujer como esencialmente reproductiva y a los hombres como decisores sobre el cuerpo de la mujer. [63]

Una vez que quedó demostrada la vulnerabilidad de la mujer,[64] la Corte entendió que existía una violación del derecho a no sufrir discriminación, los hechos probados demostraban que el proceso de toma de decisiones en este asunto funciono bajo el estereotipo negativo y perjudicial de que la mujer como tal era incapaz de tomar una decisión, lo que lleva a ¨ una intervención médica paternal e injustificada¨ limitando su autonomía y libertad. Como respuesta al fallo condenatorio, Bolivia promulgó la Ley N° 971, de 16 de agosto de 2017, que señala la prestación de atención médica a la damnificada en el centro de rehabilitación sugerido por ella, así como en un seguro especializado. Ese mismo año, se realizó una publicación referida a la sentencia de la CIDH, además de sostenerse reuniones con el Ministerio de Salud para la edición y publicación de una cartilla que desarrolle, en forma sintética, clara y accesible, los derechos de las mujeres, en cuanto a salud sexual y reproductiva se refiere. Asimismo, y acatando la sentencia de la CIDH, el Comité Ejecutivo de las Universidades de Bolivia (CEUB) instruyó a las universidades públicas y Facultades de Medicina, incluir, en sus programas académicos, el consentimiento informado como derecho de las personas. En el fondo de lo que se trata es de garantizar un derecho de acceso a la información, previsto en el artículo 13 del Pacto de San José, *reforzado.*

[62]Murphy, T.; "Health confidentiality in the age of talk" en Sheldon, S.; (ed), *Feminist perspectives on health care law* (London: Cavendish Publishing, 1998), pp. 155–171.

[63] Situación extrapolable a las relaciones sexuales consentidas que ciertamente indican una relación de inferiroridad entre mujer y hombre, sobre esto, véase, MacKinnon, Ch.; ¨ … the law of rape presents consent as free exercise of sexual choice under conditions of equality of power without exposing the underlying structure of constraint and disparity¨ en ¨ Rape: On Coercion and Consent, ¨ Toward a feminist theory of the state, Cambridge University Press, 1989.

[64] Las mujeres tienden a ser vulnerables debido a circunstancias sociales, culturales y económicas, véase, International Federation of Gynecology and Obstetrics, *Ethical framework for gynecologic and obstetric care* (2007), p. 12

2-. Por cuanto al Derecho a la autodeterminación reproductiva y a formar una familia, el proyecto de vida

Primero, en el epicentro de los derechos reproductivos se emplaza el derecho a la autodeterminación reproductiva, en el marco de la política y del Derecho internacional de los derechos humanos, este derecho se define como aquel para decidir el número e intervalo de los hijos y a tener acceso a la información y medios para llevarlo a cabo. El Comité que supervisa el Convenio sobre la discriminación a la mujer ha definido este nexo entre esterilización involuntaria y este derecho humano como sigue:

¨ la esterilización forzosa … afecta de forma adversa la salud física y mental de las mujeres e infringe el derecho de la mujer a decidir el número de hijos y su intervalo. ¨ Segundo, esta referencia a la libertad de elección es equiparable a la noción de proyecto de vida que apareciera en los argumentos de los Jueces Cançado y Abreu de la Corte en los Asuntos Loayza Tamayo c. Perú y Villagrán Morales c. Guatemala: ¨… El proyecto de vida se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino… El proyecto de vida se envuelve plenamente en el ideal de la Declaración Americana de exaltar el espíritu como finalidad suprema y categoría máxima de la existencia humana. ¨ [65]

Tercero, la familia definida por el derecho internacional y nacional como el elemento natural y fundamental de la sociedad no ha sido objeto de mayor estudio desde el punto de vista del Derecho internacional. Ahora bien, las garantías de los derechos humanos y la protección a estos a través de los mecanismos internacionales no se limitan exclusivamente al sector público, sino que también se aplican en el ámbito privado, obligando al Estado a actuar con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y castigar las violaciones que se cometan en este ámbito. [66]

[65]Asunto Loayza Tamayo c. Perú (reparaciones), sentencia de 27 de noviembre de 1998 serie C n. 42, Voto razonado conjunto de Jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, parra. 15/16, y Asunto Villagrán Morales y otros c. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C N. 63, voto razonado conjunto de Jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, párr. 8

[66]En la Corte Penal Internacional se han producido acusaciones por otros como los matrimonios forzosos que, si bien no encajan en los tipos delictivos de su competencia *strictu sensu*, (Asunto Ongwen de 2016, para. 87)si coincide con actos inhumanos, Véase, Jyrkkiö, T.; ¨ Other inhumane acts ¨ as Crimes against Humanity ¨ Helsinki Law Review 2011/1 y que, si ha servido para condenas en el Tribunal Especial para Sierra Leona, (Prosecutor v. Brima, Asunto SCSL 04-16-A, Sentencia de 22 de febrero de 2009), o la Cámara Extraordinaria en las Cortes de Camboya. Civil Parties ´Co-lawyers request for supplementary preliminary investigations. Asunto n. 001/18-07-2007 ECCC/Tc, 8 de febrero de 2009.

3-. La Importancia de las Reparaciones

Las reparaciones ponen de manifiesto la variedad de remedios que utiliza la Corte, así se ordenó la rehabilitación personalizada, especializada y la rehabilitación médica sin coste, considerando en su globalidad los perjuicios y necesidades de la víctima tanto sexuales, reproductivos, psicológicos y psiquiátricos, obligando al Estado a incluir a la familia de I. V en la terapia y al pago de 50.000 dólares por daños pecuniarios y morales. La Corte reconoció la agresión a la integridad personal del denunciante y la subsiguiente denegación de justicia, y obligo al Estado a publicar la sentencia y a reconocer su responsabilidad. Siendo la primera ocasión en la que la Corte ha vinculado el estereotipo de género en las intervenciones de esterilización forzada.

En relación a la garantía de no repetición, la Corte estimo que Bolivia debía asegurar que el consentimiento a la esterilización debía ser siempre anterior, libre, informado y completo, para ello, todos los hospitales públicos y privados debían equiparse con documentos con información sucinta de los derechos reproductivos y de los derechos de salud sexual de las mujeres, tanto para los pacientes como el personal. Asimismo, Bolivia tenía que implementar programas permanentes de formación para estudiantes de medicina y profesionales de la salud en materia de consentimiento informado, poniendo de relieve los estereotipos de discriminación de género y violencia contra la mujer.[67]

Las reparaciones ordenadas por la Corte en este caso son muy variadas pero no suponen una gran innovación y son consistentes con la práctica supranacional existente, por ejemplo, ya el Comité para la eliminación de todas las formas de violencia hacia la mujer en el asunto A.S c. Hungría en 2006 [68]resalto la trascendencia de educar y supervisar al personal médico tanto en centros de salud públicos como privados, y la publicación de las decisiones de los órganos supranacionales con el efecto de aumentar la concienciación ¨ señalar y reprochar¨ .

Respecto de la cuantía de la indemnización, esta no es mucho más elevada que la que concedió el Tribunal de Estrasburgo en el asunto V.C v. Eslovaquia, N. B c.

[67]"factores como la raza, la discapacidad, el estatuto socioeconómico, no pueden ser la base para limitar la libertad de elección del paciente… o para obviar obtener su consentimiento. ¨para 185

[68] Comunicación No. 4/2004, 29 agosto de 2006, donde se concluyó que el lapso de 17 minutos y las circunstancias por medio de las cuales A. S decidió someterse a la esterilización, no le permitieron brindar un consentimiento libre, pleno e informado.

Eslovaquia, e I. G y otros c. Eslovaquia en el período 2011-2012 a las víctimas de esterilizaciones involuntarias con montos de 30.000 euros. Incluso, la cantidad es inferior a lo que suele conceder la Corte. [69]

4. Reflexiones acerca de la sentencia

Al reconocer que las mujeres históricamente han sido objeto de diversas formas de discriminación, la Corte dejo claro que los Estados tienen la obligación de remediar esta discriminación y de integrar una perspectiva de género en el diseño e implementación de las normas y políticas públicas que afectan a las mujeres. [70] En materia de salud, como se indicase en el asunto Ximenes Lopes c. Brasil, para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad física y psicológica, los responsables de regular y vigilar la prestación de los servicios de salud deben ser los Estados. [71]

Los Estados partes en el Pacto de San José también han firmado el Convenio sobre la Eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer, y muchos de ellos también su Protocolo Opcional, el Comité de este Convenio ha señalado que los Estados están obligados a tomar todas las medidas necesarias para prevenir, prohibir y sancionar las violaciones de los derechos contenidos en el Convenio, [72]sin distinción entre una comisión por órganos estatales o particulares (personal médico).Al añadir la perspectiva de género en su análisis y argumentación, la Corte Interamericana se creó una imagen nítida del contexto estructural en el que las violaciones a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres ocurren y abrió una senda para posteriores discusiones sobre las formas en que discriminación y derechos humanos convergen, de esta forma descargo de la carga de la prueba a las mujeres, al enmarcar estas situaciones en un contexto histórico, cultural y estructural.

Finalmente, la divulgación de sentencias como estas, por los medios de comunicación permite que organizaciones de la sociedad civil realicen activismo y una

[69]En un acto público con la entrega simbólica de un cheque a la Dra. Rielma Mencias, Directora de "Derechos en Acción", quien representó a la señora I.V.
[70] Amnistía Internacional, *The State as a catalyst for violence against women: violence against women and torture or other ill-treatment in the context of sexual and reproductive health in Latin America and the Caribbean* 25-27 (2016)
[71] Sentencia CIDH, 4 de julio de 2006, párra.
[72] Sentencia CIDH, Asunto Velásquez Rodríguez c. Honduras, de 29 de julio de 1988, parra. 166.

concienciación social que saque el consentimiento informado de la normatividad, del oscurantismo, o de la judicialización para llevarlo a la vida real.

C. A MODO DE CONCLUSIONES

La reverberación de la sentencia IV c. Bolivia, de la Corte Interamericana debe servir como cincel con el que engravar una nueva estela sobre el empoderamiento de grupos vulnerables y la interconexión con otros instrumentos internacionales como el Convenio de la OIT n. 169 y la regulación extensiva de su derecho de información y consulta; [73]el Convenio de Belem do Pará, así como sobre el consentimiento informado del ciudadano- paciente, en línea con los desarrollos impulsados en el continente europeo, bien en el seno del Consejo de Europa, o de la propia Unión Europea[74]. A través de este enfoque múltiple, puesto que la invasión a los derechos humanos de los programas de esterilizaciones es multifacética,[75] los Estados afectos a estas malas prácticas,[76] tendrán que ser más cuidadosos a la hora de aplicar políticas de choque frente a crisis económicas o de otra índole y se llegará a construir una práctica estatal que considere la prohibición de la esterilización forzosa o presuntamente ¨voluntaria¨, de otras verdaderamente

[73] Muñoz Aunión, A.; León Silva, G.L.; ¨ La peculiar ingeniería del proceso de consulta en el Convenio n. 169: Diálogo y persuasión. ¨ Ponencia presentada con ocasión de las terceras jornadas nacionales de la Facultad de Derecho ¨ Estado y pueblo mapuche: una mirada desde el derecho y las políticas públicas. Temuco 23 y 24 de agosto de 2018. (en prensa)

[74]Por ejemplo, la Carta Europea de Derechos fundamentales menciona en su artículo 3 sobre derecho a la integridad de la persona, que en el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular, - el consentimiento libre e informado de la persona que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley, así como la prohibición de las medidas eugenésicas, especialmente las que tienen por finalidad la selección de las personas. Instrumentos que empoderan a la Ciudadanía pero no frenan la inercia de algunos Estados, en este sentido, véase, Body and Soul: Forced Sterilization and other asssaults on Roma Reproductive Freedom en Slovakia,https://www.reproductiverights.org/document/body-and-soul-forced-sterilization-and-other-assaults-on-roma-reproductive-freedom. (consultado, 21 de noviembre 2018). Sobre la Carta, véase, Mangas Martín, A.; *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Fundación BBVA, 2008; Fernández Tomás, A.;

[75] Por ejemplo, comportamientos que pueden incluirse dentro de la categoría de tortura o tratos inhumanos, así la reciente interpretación del Comité sobre la Tortura ha indicado la obligación de los Estados de prevenir, castigar y responder los casos de tortura no solo en las cárceles sino también en contextos de custodia, por ejemplo, en hospitales, escuelas, instituciones de protección de menores, asilos, centros psiquiátricos, establecimientos militares, así como en contextos en los que el Estado con su no intervención propicia e incrementa la posibilidad de que estos se produzcan por privados. Observación General Comité contra la tortura n. 2. Implementación del artículo 2 por los Estados partes, para. 15 U.N Doc CAT/C/GC/2 (2008)

[76]Recordemos que dentro de la Organización de Estados Americanos (OEA) existen países que condenan en forma activa estas prácticas tipificadas como violencia obstétrica, por ejemplo, Argentina o Venezuela.

terapéuticas como *norma de ius cogens*[77], incorporando a las empresas al respeto de los derechos reproductivos dentro del sistema complejo de protección de los derechos humanos [78]y evitar la excesiva carga política e ideológica sobre la Corte Interamericana, así como la falta de voluntad por parte de los Estados de dar cumplimiento a las sentencias.[79]Todo ello debería servir entretanto la Corte Interamericana no se convierta en una Corte permanente de Derechos humanos del Continente o *soñar lo imposible* del establecimiento de un Tribunal mundial de derechos humanos, esto último fue producto de una reciente tesis doctoral dirigida por mi recientemente fallecido Maestro, y maestro de tantos otros colegas, Don Fernando Mariño Menéndez en cuya memoria se escribe este ensayo,[80]y cuya pasión por la enseñanza de la asignatura me inculco desde el inicio de mi actividad profesional.

[77]Véase, el interesante estudio sobre la cuestión de Quispe Remón, F.; ¨ Las normas de ius cogens: ausencia de catálogo. ¨ Anuario Español de Derecho Internacional, vol. 28 2012 pp. 143-183, sobre esta transformación de comportamientos estatales que desaparecen por la presión de la Comunidad internacional, véase, en la doctrina latinoamericana, Cançado Trindade, A. A; ¨ Enforced Disappearances of persons as a violation of ius cogens. The contribution of the jurisprudence of the Inter-american Court of Human Rights ¨ Nordic Journal of International Law 2012; otra version en Sarkin, J.; ¨ Why the prohibition of enforced disappearance has attained ´ius cogens´ Status in International Law ¨ Nordic Journal of International Law, vol. 81, núm. 3 2012, pp. 537-584

[78]Clapham, A.; *Human rights obligations of non-state actors*, Oxford University Press, 2013. Señalar que tampoco los Estados pueden eludir sus compromisos de derechos humanos creando o actuando mediante organizaciones internacionales, sobre esto, véase, asunto Waite y Kennedy c. Alemania, entre otras. Solicitud n. 26083/94 sentencia de 18 de febrero de 1999, para. 67

[79]Sobre este punto, véase, Cassel, D.; ¨ El Perú se retira de la Corte: ¿Afrontará el reto el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? Revista IIDH n. 29 (enero-junio 1999) San José de Costa Rica 2000 p. 70

[80]Vidigal De Oliveira, A.; *Protección internacional de los derechos humanos- justificaciones técnico-jurídicas para la creación de un tribunal mundial de derechos humanos*, tesis doctoral, UC3M, 2011

BIBLIOGRAFÍA

Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema interamericano, OEA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2003 pp. 5-17

AMBOS, K.; Böhm, M.L.; ¨ Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido vs. Tribunal audaz? ¨ en Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional. Tomo II Montevideo Kas/Universidad de Gotinga, 2011, pp. 43-69

ANDORNO, R.; ¨ Human dignity and human rights as a common ground for a global bioethics ¨ Journal of Medicine and Philosophy, 2009.

BARBOSA DELGADO, F. R.; ¨ Los límites a la doctrina del margen de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de minorías étnicas y culturales ¨ Revista de Derecho del Estado, n. 26, Madrid, enero-junio 2011.

BLANC ALTEMIR, A.; ¨ Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos a los 50 años de la Declaración Universal ¨ en VV. AA La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal, Tecnos, Madrid. 2001

BLENGIO VALDÉS, M.; ¨ El derecho de la bioética: a 60 años de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos ¨ Revista de Derecho Público 2008 pp. 59-67

BUERGENTHAL, T.; NORRIS, R.; SHELTON, D.; *La protección de los derechos humanos en las Américas,* p. 35 Edit. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, Civitas, Madrid, España 1990.

CANÇADO TRINDADE, A.; ¨ El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-1995): evolución, estado actual y perspectivas ¨ *Derecho Internacional de los derechos humanos, Libro conmemorativo de la XXIV Sesión del Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, San José (Costa Rica)* p. 49 Edit. IIDH, San José de Costa Rica, 1996.

---.: ¨Hacia el nuevo Derecho internacional para la persona humana: manifestaciones de la humanización del Derecho Internacional ¨ Sesión solemne de otorgamiento del grado de Doctor Honoris Causa, Universidad de La Plata – La Plata, Argentina, 7 de abril de 2006, Revista da Facultade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 50 – enero-jul. 2007

CARRILLO SALCEDO, J.A.; Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después, Madrid, Minima Trotta. 1999

CARRILLO SANTARELLI, N.; Necessity and possibilities of the international protection of human dignity from non-state violations, Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Madrid. 2013, pp. 42-61

COOK, R. J.; "International human rights to improve women's health" in R. J. Cook, *Women's health and human rights: The promotion and protection of women's health through international human rights law* (Geneva: World Health Organization, 1994

FINNIS, J.; ¨The priority of Persons ¨ en Horder, J, (ed) Oxford Essays in Jurisprudence, fourth Series, OUP, 2000

GONZÁLEZ MORALES, F.; ¨ La Comisión Interamericana de derechos humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos ¨ Anuario de Derechos Humanos, vol. 5, pp. 35-57

LÓPEZ MARTÍN, A. G..; ¨ Las víctimas del abuso de poder en Derecho Internacional: una aproximación a su estatuto jurídico ¨ Revista General de Derecho Público Comparado, vol. 14, 2014, pp. 1-26

MEDINA QUIROGA, C.; The battle of human rights. Gross, systematic violations and the Inter-american system. Martinus Nijhoff Pub. 1988.

PARRA ARANGUREN, G.; ¨ La importancia del Instituto Internacional para la Unificación del Hemisferio (Unidroit) ¨ Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, n. 82 UCV. Caracas 1992.

QUISPE REMÓN, Fl.; ¨ La protección de los derechos humanos en el sistema interamericano: su evolución y una visión actual ¨ Anuario español de Derecho Internacional vol. 32 2016 pp. 225-258

---.; ¨ La fecundación in vitro: una visión desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos ¨ REDI vol. LXV 2013, vol. 2 pp. 368-375

SALVIOLI, F. El aporte de la Declaración Americana de 1948 para la protección internacional de los derechos humanos. ¨ https://www..derechoshumanos.unlp.edu.ar. (Última consulta, 20 noviembre 2018)

SCHACHTER, O.; ¨ Human dignity as a normative concept ¨ American Journal of International Law, vol. 77 1983.

SEATZU, F.; ¨ The United Nations Convention on Disabilities a useful tool for enhancing the protection of the elderly `s right to be free from non- consensual medical intervention? ¨ *Bioderecho, seguridad y medio ambiente*, coord. Sánchez Patrón, J. M.; Torres Cazorla, M. J.; García San José, D.; 2015, pp. 68-93

TAYLOR, R.; ¨ Determinism ¨ en Edwards, R (dir) *Encyclopedia of philosophy*, vol. 1-2 Nueva York Mcmillan, 1967

VENTURA ROBLES, M.; ¨ La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Camino hacia un Tribunal permanente ¨ Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, vol. 32 -33 (2002) Edición especial sobre acceso a la justicia, p. 310.

Revista Electrónica Iberoamericana ISSN: 1988 - 0618
http://www.urjc.es/ceib/ Vol. 13, Edición Especial, 2019

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ACTUALES RELACIONES BILATERALES ENTRE LA UNIÓN EUROPEA, SUS ESTADOS MIEMBROS Y LA REPÚBLICA DE CUBA

THE LEGAL REGIME OF THE CURRENT BILATERAL RELATIONS BETWEEN THE EUROPEAN UNION, ITS MEMBER STATES AND THE REPUBLIC OF CUBA.

Juan José Martín Arribas[1]

Universidad de Burgos, España

RESUMEN

Partiendo del hecho cierto de que las relaciones bilaterales entre la Unión Europea (UE) y Cuba han evolucionado recientemente hacia una nueva dinámica de mayor entendimiento, igualdad e interés mutuo, en esta publicación se analiza el conjunto de disposiciones que conforman su régimen jurídico propiciado por la entrada en vigor provisional del acuerdo de diálogo político y cooperación (ADPC) el 1 de noviembre de 2017. En concreto, se examinan sus principales características generales, sus grandes principios y objetivos, los tres pilares principales en los que se apoya (el diálogo político, la cooperación y el diálogo sobre sus políticas sectoriales, y las relaciones económico-comerciales), y los órganos encargados de su desarrollo y supervisión.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea, Cuba, régimen jurídico, relaciones bilaterales.

ABSTRACT

Based on the fact that the bilateral relations between the European Union (EU) and Cuba have recently evolved towards a new dynamic of greater understanding, equality and mutual interest, this publication analyzes the set of provisions that make up its legal regime fostered by the tentative entry into force of the Political Dialogue and Cooperation Agreement (PDCA) on November 1, 2017. In particular, it examines its main general characteristics, its major principles and objectives, the three main pillars on which

[1] Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Burgos.

it is based (political dialogue, cooperation and dialogue on their sectoral policies, and economic-commercial relations, and the bodies responsible for their development and supervision.

KEYWORDS: European Union, Cuba, legal regime, bilateral relations.

SUMARIO: ABREVIATURAS. I. INTRODUCCIÓN. II. CARACTERÍSTICAS GENERALES. II.1. Acuerdo bilateral y mixto. II.2. Acuerdo marco. II.3. Acuerdo inclusivo en su ejecución. II.4. Acuerdo marcadamente heterogéneo. II.5. Con obligaciones de comportamiento. II.6. Con una estructura muy peculiar. III. LOS GRANDES PRINCIPIOS Y OBJETIVOS. III.1. Grandes principios. III.2. Grandes objetivos. IV. EL DIÁLOGO POLÍTICO. V. LA COOPERACIÓN Y EL DIÁLOGO SOBRE POLÍTICAS SECTORIALES. VI. LAS RELACIONES ECONÓMICO-COMERCIALES. VII. LOS ÓRGANOS ENCARGADOS DE SU DESARROLLO Y CONTROL DEL CUMPLIMIENTO. VII.1. El Consejo Conjunto. VII.2. El Comité Conjunto. VIII. CONCLUSIONES.

* * *

I. INTRODUCCIÓN

Tras más de tres décadas, las relaciones entre la Unión Europea (UE) y Cuba han evolucionado hacia una nueva dinámica en la que, afortunadamente, se ha superado la excepción cubana de ser el único Estado latinoamericano sin haber celebrado un acuerdo de cooperación o de asociación con la UE. E, incluso, se ha ido más allá de la regla general de la utilización del modelo de Derecho internacional convencional aplicado a otros Estados, gracias al acuerdo de diálogo político y cooperación (ADPC)[2], que fue firmado el 12 de diciembre de 2016 y ratificado por el Parlamento Europeo (PE) el 5 de junio de 2017. Éste es un instrumento internacional que, entre las Partes y según han expresado DÍAZ BARRADO y MORÁN BLANCO, "augura un periodo de estabilidad y

[2] Decisión (UE) 2016/2232 del Consejo de 6 de diciembre de 2016 relativa a la firma, en nombre de la Unión, y a la aplicación provisional del Acuerdo de Diálogo Político y de Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por un lado, y la República de Cuba, por otro (DO L 337 de 13.12.2016).

entendimiento que nada tiene que ver con lo que venía sucediendo en los veinte años anteriores"[3].

Ojalá ayude a cumplir esos augurios, porque, en opinión de algunos, las relaciones internacionales entre ambas Partes han sido poco coherentes y zigzagueantes[4]. Otros las han calificado como contradictorias y algo confusas[5]. Otros las han considerado como oscilantes y precarias[6]. Otros han destacado de ellas sus "altibajos y condicionamientos"[7]. Otros han remarcado dentro de ellas "la existencia de algunos encuentros" frente a la "presencia de profundos desencuentros"[8]. Incluso hay quienes, no exentos de cierto pesimismo por la experiencia pasada, se atreven a vaticinar que "las relaciones futuras de Cuba con la UE y los países miembros seguirán transitando por la cooperación y el conflicto"[9].

A mi modo de ver, las relaciones bilaterales que han mantenido la Isla caribeña y la UE, junto con sus EEMM, han seguido sus propios ciclos socio-económicos y políticos, que se han visto influidos tanto por factores intrínsecos que en distintos momentos han condicionado el particular contexto de cada parte (Cuba y su Gobierno, la UE propiamente dicha y cada uno de sus Estados miembros (EEMM) y sus respectivos Gobiernos), como por variables extrínsecas procedentes fundamentalmente de las grandes transformaciones que, en general, ha seguido la Comunidad internacional, los intereses y

[3] Si bien varias páginas después matizan estas afirmaciones señalando que "la apertura de esta nueva etapa no sabemos, con certeza, que nos deparará, pero, por lo menos, se dispone de un marco normativo mucho más claro que nos indica qué deben ser las relaciones entre Cuba y la Unión Europea". DÍAZ BARRADO, C.M. y MORÁN BLANCO, S., "Las relaciones Cuba y Unión Europea: «el comienzo de una gran amistad»", *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 34, 2018, p. 966 y ss., esp. p. 984 en cuanto a lo primero y p. 987 de los segundos.

[4] PERERA GÓMEZ, E., La política de la Unión Europea hacia Cuba: construcción, inmovilismo y cambio (19989-2017), Panamá, Ruth Casa Editorial, 2017, p. 115 y 198.

[5] ROY, J., "La Unión Europea ante Cuba y Colombia: de buenas intenciones y altas esperanzas a notables contradicciones y grandes frustraciones", *América Latina Hoy*, nº 31, 2002, p. 33-61, esp. p. 47. Destacando las contradicciones, también CONTRERAS, D., *La Unión Europea ante los retos de la democratización en Cuba*, Serie Unión Europea de Documentos de Trabajo del Instituto Universitario de Estudios Europeos. Madrid, CEU ediciones, 2010, p. 5.

[6] DÍAZ LEZCANO, E., "Las relaciones Unión Europea-Cuba. Evolución y perspectivas", *Clío América*, Vol. 1, núm. 2, noviembre de 2007, p. 259-267, esp. p. 259 y 260.

[7] GRATIUS, S., "Cuba y Europa: diez años de encuentros y desencuentros", *América Latina, Hoy*, 1998, núm. 18, p. 91- 98, esp. p. 92.

[8] DÍAZ BARRADO, C.M. y MORÁN BLANCO, S., "Las relaciones Cuba y Unión Europea… p. 999-1000.

[9] MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, C. y PÉREZ BENÍTEZ, S., "Relaciones Cuba-Unión Europea (1959-2014) desde un enfoque histórico", *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, núm. 122-123, mayo-diciembre de 2015, p. 65-90, esp. p. 89.

sensibilidades de los Gobiernos de otros Estados latinoamericanos, de los Estados Unidos de América del Norte (EEUU), de Rusia, de China, etc[10].

Mirando atrás, podría afirmarse que, tras una etapa inicial de tanteo y de reconocimiento mutuo marcada muy significativamente por el establecimiento de relaciones diplomáticas el día 29 de septiembre de 1988, se pasó a una etapa intermedia en la cual la UE y sus EEMM utilizaron la táctica de la zanahoria y el palo, en este caso principalmente bajo los parámetros de la Posición Común de 2 diciembre de 1996[11] y de algunos tipos de sanciones y de actuaciones, mientras que Cuba hacía gala de su soberanía y de su independencia, tomando sus propias decisiones y sin dejarse influir por la presión externa. A día de hoy podemos considerar que las relaciones bilaterales se sitúan en una nueva etapa iniciada el 1 de noviembre de 2017, fecha en la cual el ADPC entró en vigor de manera provisional, a la espera de que, siguiendo los respectivos procedimientos que determinen sus derechos internos, lo aprueben los EEMM de la UE.

En este contexto, el objeto de esta publicación radica en analizar el actual régimen jurídico de las relaciones que mantienen entre sí la UE y Cuba. En otras palabras, como el mismo se sustenta sobre todo en el ADPC, supondrá esencialmente la realización de un análisis jurídico del mencionado instrumento.

Yendo de lo más general a lo más particular, me propongo seguir la siguiente estructura. Tras reflexionar sobre sus principales características generales, me centraré en sus grandes principios y objetivos. En los siguientes apartados me ocuparé de los tres

[10] De manera muy próxima es el parecer de MARTÍNEZ HERNÁNDEZ y PÉREZ BENÍTEZ cuando apuntan que "los cambios políticos en los gobiernos de los Estados Miembros fueron importantes para el avance o deterioro de los nexos bilaterales con los distintos países, en especial en los casos de España y Francia". MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, C. y PÉREZ BENÍTEZ, S., "Relaciones... p. 86.

[11] Posición Común 96/697/PESC de 2 de diciembre de 1996 definida por el Consejo en virtud del artículo J.2 del Tratado de la Unión Europea, sobre Cuba (DO L 322 de 12.12.1996). Para profundizar en el conocimiento de sus contenidos, pueden leerse publicaciones como: ROY, J., "La Unión Europea ante Cuba y Colombia: …", p. 50 y ss. CRIADO ALONSO, F., "La política de democratización de la Unión Europea y el caso de Cuba", *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm. 142, octubre-diciembre de 2008, p. 11-41, esp. p. 22 y ss. CONTRERAS, D., *La Unión Europea ante los retos …,* p. 7 y ss. UGALDE ZUBIRI, A., "La posición común de la Unión Europea hacia Cuba a reconsideración (2008-2010)", *Política Internacional*, núm. XIV-XV, enero-diciembre de 2010, p. 168-191. UGALDE ZUBIRI, A., "La posposición de la revisión de la Posición Común de la Unión Europea hacia Cuba", *Inguruak: Soziologia eta zientzia politikoaren euskal aldizkaria = Revista vasca de sociología y ciencia política*, núm. 48-49, 2011, p. 175-192. OJEDA REVAH, M., "Cuba y la Unión Europea. Una perspectiva histórica", *Latinoamérica 54, Revista de Estudios Latinoamericanos*, 2012, vol.1, p. 9-36, esp. 24. UGALDE ZUBIRI, A., "Análisis de 2012 de la posición común de la Unión Europea hacia Cuba: una política incoherente, contradictoria y fracasada", *Inguruak: Soziologia eta zientzia politikoaren euskal aldizkaria = Revista vasca de sociología y ciencia política*, núm. 55-56, 2013, p. 1595-1608.

pilares principales en los que se apoya el ADPC: el diálogo político, la cooperación y el diálogo sobre sus políticas sectoriales, y las relaciones económico-comerciales. Y, en fin, tras reflexionar sobre los órganos encargados de su desarrollo y supervisión, haré un conjunto de reflexiones finales a modo de conclusiones.

II. CARACTERÍSTICAS GENERALES

De entre todas las notas que pueden caracterizar mejor desde un punto de vista general el ADPC merece la pena resaltar las siguientes: puede calificarse como bilateral y mixto, como acuerdo marco, inclusivo en su ejecución, marcadamente heterogéneo, con obligaciones de comportamiento y con una estructura muy peculiar.

II.1. Acuerdo bilateral y mixto.

Se trata de un acuerdo bilateral que fue cerrado relativamente pronto si se recuerda que el Consejo de la Unión autorizó a la Comisión a entablar negociaciones el 10 de febrero de 2014 y, tras siete rondas[12], se cerró el 11 de marzo de 2016[13]. En él son Partes, por un lado, la UE y/o sus EEMM, y, por otro, la República de Cuba. En las disposiciones de este instrumento internacional se subraya que los primeros lo son "dentro de sus respectivos ámbitos de competencias"[14], lo cual ha permitido que se haya aplicado provisionalmente la mayor parte de sus contenidos jurídicos, puesto que solo se descartan de tal aplicación los arts. 29 (lavado de activos), 35 (protección consular) y 58 (buena gobernanza en materia fiscal) en la totalidad de sus enunciados y los arts. 55 (transporte), 71(aduanas) y 73 (propiedad intelectual) de forma parcial y en la medida en que hagan referencia a materias cuyos cometidos sean estatales. En esta línea de argumentación también puede calificarse como un acuerdo mixto, puesto que, como ya ha sido avanzado,

[12] Para su sintético conocimiento puede leerse los comentarios de ORTÍZ. ORTIZ, E., "Unión Europea-Cuba: relación compleja, futuro incierto", Anuario Español de Derecho Internacional, Vol. 32, 2016, p. 337-371, esp. p. 355 y ss.
[13] De modo parecido, PERERA GÓMEZ expresa que "resultó significativa la rapidez con la que se logró llegar a la firma del acuerdo, en apenas dos años y medio y después de siete rondas de negociaciones; no todas igualmente intensas, por cuanto la primera, por ejemplo, celebrada en La Habana en abril de 2014, se dedicó solo a establecer la hoja de ruta de las conversaciones", PERERA GÓMEZ, E., *La política de la Unión Europea hacia Cuba*…p. 201.
[14] Cf. Art. 84. Definición de las Partes.

la UE y sus EEMM lo celebraron conjuntamente, pero preservando el sistema de competencias que tienen asignado en los tratados constitutivos[15].

II.2. Acuerdo marco.

Parece ser un acuerdo marco dado que, por un lado, no modifica para nada los derechos y las obligaciones ya adquiridos por las Partes en el contexto de otros tratados internacionales, como es el caso del Tratado constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y los acuerdos multilaterales que se incluyen en sus anexos[16]; por otro, refuerza los compromisos que las Partes han asumido al suscribir otros acuerdos internacionales y las resoluciones de las Naciones Unidas (NNUU) en determinados campos[17]; permite además que las Partes puedan adherirse en el futuro a acuerdos específicos en ámbitos determinados pero respetando las cláusulas de exención (*opt-outs*) que para el Reino Unido (RU) e Irlanda se regulan en el protocolo núm. 21 anejo al TUE y al TFUE[18], previéndo expresamente, en este sentido, la negociación de un acuerdo entre ambas Partes sobre cuestiones migratorias, incluida la readmisión[19]; y, en fin, porque respeta los tratados bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones que con anterioridad ya había suscrito un buen número de EEMM con Cuba, al establecer *per se* un marco global y general que les sirve de apoyo y cobertura.

II.3. Acuerdo inclusivo en su ejecución.

Desde una perspectiva personal o subjetiva puede calificarse como un acuerdo inclusivo en la medida en que en su desarrollo y ejecución práctica no solo tienen cabida las Partes como tales, sino que se permite la participación de "las organizaciones internacionales y sus agencias"[20], "de los gobiernos regionales y locales, la sociedad civil

[15] Ver fundamentalmente, en este sentido, los arts. 3-6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y los arts. 4-5 del Tratado de la Unión Europea (TUE) (DO C 202 de 07.06.2016); respectivamente en las siguientes direcciones web: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016M/TXT&from=EN (Consultada el 18.02.2018).
[16] Según se deduce de sus arts. 62 y ss. y del párr. 22 de su Preámbulo.
[17] Como es el caso del tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras y otras armas convencionales (art. 6.2), el desarme y no proliferación de armas de destrucción masiva (art. 7.3), la lucha contra el terrorismo (8.2), la salud pública (art. 40.1), el medio ambiente y el cambio climático (art. 47.3 y 6), etc.
[18] Así se apunta en el último apartado del preámbulo.
[19] Tal y como se contempla en el art. 34.3.
[20] Art. 19. c)

y el sector privado"[21]. También consagra el respeto, tanto por el Derecho internacional y sus principios, como por las organizaciones internacionales que, en cada materia, sean pertinentes, mencionándo de forma concreta, entre otras, las NNUU, la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización Mundial de Sanidad Animal (OMSA), la Organización Mundial de Aduanas (OMA)[22].

II.4. Acuerdo marcadamente heterogéneo.

Del lado de su contenido sustancial, ofrece una visión marcadamente heterogénea ya que regula materias tan diversas como los derechos humanos, la democracia, la buena gobernanza, el desarrollo sostenible, la protección de datos, la protección consular, salud pública, protección del consumidor, la lucha contra el terrorismo y los delitos de la criminalidad internacional organizada, aduanas, propiedad intelectual, normas de origen, inversión, etc. Si bien es cierto que se halla en cierta sintonía con los acuerdos que la UE ha celebrado con terceros en los que se regulan las bases de las relaciones políticas, las comerciales y de inversión y otras (como, p.e. la cooperación al desarrollo y la ayuda humanitaria), no lo es menos que, a diferencia de los acuerdos que la UE ya había celebrado con otros Estados latinoamericanos, en éste predominan los elementos políticos y de cooperación sobre los aspectos arancelarios del comercio. En palabras de AYUSO y GRATIUS, "no se trata de un acuerdo de libre comercio con la UE como el que tienen otros países de la región, ni otorga ventajas arancelarias adicionales"[23]. Además, los objetivos que persigue son tan amplios que su materialización práctica va a depender de los impulsos que realmente quieran darlos las Partes en un futuro, fundamentalmente a través de las diversas reuniones que realicen los órganos o instituciones que reglamenta. Es por esto que puede calificarse como un acuerdo muy ambicioso que cubre actualmente un amplio abanico de materias sobre las cuales las Partes van a tener que dialogar y cooperar para que alcance los éxitos deseados.

---

[21] Así se contempla expresamente en el párr. 19 del preámbulo y en el art. 19 en cuyo enunciado de la letra e) se incluyen expresamente en la sociedad civil "las asociaciones científicas, técnicas, culturales, artísticas, deportivas, de amistad y solidaridad, las organizaciones sociales, los sindicatos y las cooperativas".
[22] En el preámbulo y en los arts. 2, 38, 72 y 75.
[23] AYUSO, A. y GRATIUS, S., "¿Nadar a contracorriente? El futuro del acuerdo de la Unión Europea con Cuba", in A. AYUSO y S. GRATIUS (Eds.), *Nueva etapa entre Cuba y la UE. Escenarios de futuro*, Barcelona, CIDOB, 2017, p. 89-104, esp. p. 99.

II.5. Con obligaciones de comportamiento.

A pesar de lo expresado más arriba, las obligaciones jurídicas que establece el ADPC a lo largo de sus cláusulas son predominantemente de comportamiento, y no de resultado. Y ello es así porque las Partes se comprometen a realizar o promover numerosas actuaciones de forma razonable, pero va a depender de su propia voluntad la intensidad de las mismas y los instrumentos que utilicen para su complimiento. Ello no obsta para dejar constancia de su indiscutible obligariedad, habida cuenta de que deberán tomar "todas las medidas generales o específicas necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones que asumen"[24]. Ahora bien, muchas veces se configuran las obligaciones en su articulado de forma bastante abstracta, indeterminada y lo suficientemente general como para que las Partes dispongan una amplia capacidad de maniobra para decidir los medios que han de emplear y sin estar obligados a tener que conseguir unos resultados determinados[25]. En su consecuencia, tales obligaciones van a necesitar un posterior desarrollo normativo mucho más preciso mediante los nuevos instrumentos jurídicos internacionales que lleguen a consensuar las Partes. Incluso, en caso de incumplimiento parece privilegiarse el mecanismo de la negociación como vía óptima para lograr un arreglo o entendimiento[26].

II.6. Con una estructura muy peculiar.

Desde un punto de vista formal, presenta una estructura muy peculiar en la medida en que, tras un preámbulo con veinticuatro párrafos, presenta una parte dispositiva que abarca ochenta y nueve arts. ordenados en torno a cinco partes: disposiciones generales (parte I, con arts. 1-2), diálogo político (parte II, con arts. 3-14), cooperación y diálogo sobre políticas sectoriales (parte III, con arts. 15-59), comercio y cooperación comercial (parte IV, con arts. 60-80), disposiciones institucionales y finales (parte V, con arts. 81-89).

[24] Según expresa el art. 85.1.
[25] Su generalidad y abstracción han podido llevar a señalar a DÍAZ BARRADO y MORÁN BLANCO que el ADPC "se concibe más como un marco institucional de cooperación que como un acuerdo del que se deriven obligaciones precisas". DÍAZ BARRADO, C.M. y MORÁN BLANCO, S., "Las relaciones Cuba y Unión Europea… p. 992.
[26] Art. 85.2,3 y 4.

III. LOS GRANDES PRINCIPIOS Y OBJETIVOS.

El ADPC regula respectivamente sus grandes principios y objetivos en los arts. 1 y 2. Los primeros deben ponerse en relación con algunos de los enunciados de su preámbulo y los segundos, por su situación en su estructura jurídica y por su propio contenido, no deben confundirse con los objetivos más específicos que, de modo particular, se incluyen en las Partes II, III y IV.

III.1. Grandes principios.

A mi modo de ver, y aunque aparece contemplado en segundo lugar en la disposición reguladora, el principio capital o fundamental del ADPC radica en que las relaciones entre las partes se basarán en "la igualdad, la reciprocidad y el respeto mutuo"[27]. Con él han debido desaparecer las desconfianzas que las Partes hayan podido tener en otros momentos históricos. Su situación en el texto y la reiteración del "respeto mutuo" tanto en el preámbulo como dentro del primer objetivo denotan la relevancia que tuvo para Cuba esta expresión, pues no en vano puede obedecer a una estrategia o directriz marcada por el Comandante Fidel Castro desde antes, incluso, de que entablaran relaciones la República de Cuba y la UE[28]. Su necesidad fue resaltada ya por el Gobierno de España en el mandato del Sr. Rodríguez Zapatero a través de los diez puntos en los que debía basarse su política exterior con respecto al país caribeño[29]. Está muy relacionado con "el respeto por la soberanía, la integridad territorial y la independencia política de la República de Cuba"[30]. En cierto modo es una expresión más positiva, más corta y de significado más amplio que el conocido principio de Derecho internacional de

[27] Art. 1.2 que deber ponerse en relación con el primer párr. del preámbulo.
[28] En este sentido, si se hace caso a MARTÍNEZ HERNÁNDEZ y PÉREZ BENÍTEZ respectivamente del Ministerio de Relaciones Exteriores y del Centro de Investigaciones de Política Internacional de Cuba 2015 "En 1975 el comandante en jefe hablaba de la importancia de anteponer el respeto mutuo a las diferencias de criterios y contradicciones que existían con Europa para lograr acuerdos bilaterales. Luego, en 1980 planteaba la necesidad de la colaboración y el respeto mutuo en las relaciones de Cuba con los países de la Comunidad Económica Europea (CEE)". MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, C. y PÉREZ BENÍTEZ, S., "Relaciones …", esp. p. 66. Lo cual ejemplifican con nombres de primeros ministros de algunos Estados en p. 87.
[29] En concreto, señala ORTIZ que su Ministro de Asuntos Exteriores, Miguel Ángel Moratinos, "declaró ante la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados […] que "[...] se apoyará el proceso de reformas abierto en Cuba, a través del respeto mutuo y el diálogo constructivo". ORTIZ, E., "Unión Europea-Cuba…", nota 61.
[30] Tal y como se contempla en el párr. quinto del Preámbulo.

no intervención o de no injerencia en los asuntos internos de otros Estados que tanto han venido defendiendo los Estados latinoamericanos desde su independencia[31].

En el ADPC se considera la promoción del desarrollo sostenible como el "principio rector" de su aplicación[32]. Esto no debería llamar mucho la atención si se piensa que, por una parte, se ha ido consolidando como un principio capital a nivel de la Comunidad internacional, gracias a su inclusión en numerosos textos generales y abstractos y en el Derecho internacional convencional desde los años 70 del siglo pasado; por otra, ha sido reiterado en los documentos que se han ido adoptando en el marco de la Asociación Estratégica Birregional entre la UE y América Latina y el Caribe, primero, y luego la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC); y, por otra, ha sido objeto de regulación por el propio Derecho de la UE y de desarrollo por las políticas sectoriales o comunes de la UE. En pocas palabras, se trata de un principio de necesaria traslación a la práctica en todos los Estados que forman parte de la actual Comunidad internacional, dado que fomenta un desarrollo "socialmente justo, ecológicamente compatible y económicamente viable"[33].

Otros principios que incluye son el compromiso con el multilateralismo internacional[34] (tan necesario en nuestros días), la ejecución de acciones de acuerdo con su Derecho interno y los tratados internacionales en los que sean partes[35], el respeto de los principios democráticos, los derechos humanos y el estado de Derecho[36], el reconocimiento de que todos los pueblos tienen derecho a determinar libremente su sistema político y a perseguir libremente su desarrollo socio-económico y cultural[37].

Todos ellos muestran el consenso de base al que llegaron las Partes, quienes partiendo de la situación realista de la postguerra fría en la que el multilateralismo es una constante, han introducido otros principios que son susceptibles de una amplia panoplia de interpretaciones dependiendo de las Partes, el contexto, la situación o la época.

---

[31] Sobre esta idea, ver de forma pedagógica ORTEGA CARCELÉN, M., *Derecho Global. Derecho internacional público en la era global*, Madrid, Tecnos, 2014, p. 35.
[32] Según consta en su art. 1.4.
[33] Cf. RIECHMANN, J., "Desarrollo sostenible: la lucha por la interpretación", *in De la economía a la ecología*, J. RIECHMANN *et alt.*, Madrid, Trotta, 1995, p. 9-35, esp. p. 14.
[34] Respetando y observando el Derecho internacional y los propósitos y principios de la Carta de las NNUU (Ver. el art. 1.1, también en relación con el párr. 6 del preámbulo)
[35] Art. 1.3.
[36] Art. 1.5
[37] En el art. 1.6.

III.2. Grandes objetivos.

Como en cualquier tratado internacional, son los objetivos que persigue el ADPC los que muestran hasta qué punto tiene verdadero sentido de la utilidad. Pues bien, en la línea de los grandes principios y de los compromisos que establece, cabe reseñar que sus objetivos presentan un alto grado de generalidad y de abstracción acordes, por lo demás, con las propias características ya analizadas y con lo que en un futuro decidan hacer las Partes. Bastante retóricos y programáticos, parecen, sin embargo, imbuidos de una cierta ambición y amplitud con las que, sin lugar a dudas, proyecta su validez a lo largo del tiempo[38].

Los dos primeros y el último se centran expresamente en las relaciones que afectan esencialmente a las Partes implicadas, puesto que uno de ellos apuesta por consolidar y fortalecer las relaciones existentes entre ellas[39], otro compromete a la UE y a sus EEMM a "acompañar el proceso de actualización" socio-económica que está siguiendo Cuba[40] y, en fin, un tercero pone el acento en sus ciudadanos al tener que "promover la comprensión" entre sus sociedades[41]. Por lo tanto, son tres objetivos que se proyectan respectivamente al campo de la política internacional o de las relaciones internacionales, a la economía y a la sociología.

Algunos impulsan la concertación entre las Partes en el terreno de sus relaciones con terceros. Así sucede con su propósito de "reforzar la cooperación bilateral y la participación mutua en los foros internacionales"[42] que, de alguna manera, parece reiterar lo que se avanza en la parte preambular, su voluntad de "cooperar en foros internacionales sobre cuestiones de interés mutuo"[43]; y con el que quieren "mejorar la cooperación regional en las regiones del Caribe y de América Latina"[44].

---

[38] De hecho, se trata de un acuerdo que, en principio, debe perdurar en el tiempo, puesto que ha sido adoptado para una duración indefinida (art. 86.4).
[39] Destacando desde ya los tres ámbitos en los que se ordenan (diálogo político, cooperación y comercio), y remarcando además las bases en las que se sustentan y apoyan (respeto mutuo, reciprocidad, interés común y respeto a la soberanía) (art. 2.a)).
[40] Art. 2.b).
[41] Art. 2.g).
[42] Citando expresamente a las NNUU y enunciando en un listado abierto materias tales como "el fortalecimiento de los derechos humanos y de la democracia, del logro del desarrollo sostenible y […] la erradicación de la discriminación en todos sus aspectos" (art. 2.c))
[43] Según el párr. tercero del Preámbulo.
[44] Art. 2.f)

Con otros tratan de respaldar los propósitos más esenciales y las normas mundiales que, desde una perspectiva fundamentalmente económica, imperan hoy en la Comunidad internacional. En este sentido, pretenden "apoyar los esfuerzos para alcanzar los objetivos del marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible"[45] y "promover las relaciones comerciales y económicas" en sintonía con "los acuerdos de la OMC"[46].

IV. EL DIÁLOGO POLÍTICO.

El diálogo político es uno de los elementos capitales que viene introduciendo la UE en muchos de los acuerdos que ha suscrito con terceros y una de las columnas en las que apoya *de facto* sus relaciones exteriores.

Como no podía ser de otra manera, el ADPC partió de la experiencia que se fue consolidando gracias a la pluralidad de reuniones que, en este campo, habían venido manteniendo las Partes al más alto nivel, sobre todo desde 2008[47]. A lo largo de una docena de disposiciones determina el marco normativo básico en el que se sustentará este diálogo político bilateral en esta nueva etapa de relaciones mutuas. Tanto por la extensión que presenta formalmente su articulado, como por el conjunto de materias a las que alcanza, puede decirse que es mucho más amplio y profundo que otros similares que ya había suscrito antes la UE con otros Estados latinoamericanos[48].

Arranca delimitando sus objetivos que se centran fundamentalmente en un conjunto de actuaciones generales redactadas formalmente de un modo retórico, al tiempo que se centran únicamente en el ámbito de la política internacional. En concreto, se trata de fortalecer sus relaciones políticas en asuntos de interés común, informar de sus

[45] Art. 2.d) y párr. decimotercero del Preámbulo. Habida cuenta de que, según la Asamblea General de las NNUU, la mencionada Agenda es "un plan de acción a favor de las personas, el planeta y la prosperidad, que también tiene la intención de fortalecer la paz universal y el acceso a la justicia". https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/ (Consultado el 20.02.2019)
[46] Art. 2.e) y párr. vigesimosegundo del Preámbulo.
[47] Coincidiendo precisamente en ese año con la apertura en La Habana de la Delegación de la UE sobre la Oficina de representación que ya había tenía desde el año 2003 y con la admisión de Cuba en el Grupo de Rio que, como es conocido, viene a ser un mecanismo de consulta y concertación política.
[48] Como, p.e, los acuerdos de diálogo político y de cooperación firmados en diciembre de 2003 con Centroamérica (CA) y la Comunidad Andina (CAN).

posiciones en los foros internacionales, fortalecer las NNUU como centro del sistema multilateral y seguir promoviendo la asociación estratégica entre la UE y la CELAC[49].

Su realización efectiva va a depender enteramente de la voluntad de las Partes, si bien es cierto que tendrá lugar a "intervalos regulares" y se llevará a cabo por altos funcionarios y sobre aquellos temas que previamente acuerden[50].

Aun así, el ADPC incluye un amplio abanico de materias sobre las cuales las Partes pueden desarrollar su diálogo político, intercambiar opiniones o colaborar. En concreto, se trata de derechos humanos, tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras y otras armas convencionales, desarme y no proliferación de armas de destrucción masiva, lucha contra el terrorismo, crímenes graves de trascendencia internacional, medidas coercitivas unilaterales, lucha contra la trata de personas y el tráfico de migrantes, lucha contra la producción, tráfico y consumo de drogas ilícitas, lucha contra la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia, y desarrollo sostenible[51].

De todas ellas, la más delicada y sensible podría parecer, a primera vista, la referente a los derechos humanos, por muy diversos motivos entre los que cabe resaltar los siguientes: uno, de tipo histórico, en la medida en que a lo largo de las últimas décadas las instituciones europeas, y de ellas especialmente el PE, han dictado numerosos actos institucionales criticando la situación de los derechos humanos en Cuba[52]. Otro de política internacional, toda vez que la defensa y promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales conforma, por lo general, uno de los ejes esenciales de las relaciones exteriores de la UE. Otro, en fin, de carácter jurídico, dado que en los tratados comerciales que la UE celebra con terceros suele incluir una cláusula democrática o cláusula sobre los derechos humanos y democracia[53]. Por otra parte, durante muchos años el Estado isleño se negó a dialogar sobre este tema con la UE al considerarlo como una "violación de su soberanía y una injerencia en sus asuntos internos"[54] y en nuestros días

[49] Art. 3.
[50] Art. 4.
[51] Arts. 5-14.
[52] Lo cual llevó a PERERA a afirmar que "La UE sitúa la democracia y los derechos humanos en el centro de la política de cooperación" y que ambos "son una condición indispensable del desarrollo económico", PERERA GÓMEZ, E., *La política de la Unión Europea hacia Cuba…* p. 112.
[53] Como botones de muestra sobre este particular tema se puede mencionar: MUÑOZ RODRÍGUEZ, M.-C., *Democracia y derechos humanos en la acción exterior de la Unión Europea*, Madrid, Editorial Reus, 2010, p. 11 y 12; NIEDRIST, G., "Las cláusulas de los derechos humanos en los tratados de libre comercio de la Unión Europea", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. 11, 2011, p. 463-485.
[54] OJEDA REVAH, M., "Cuba y la Unión Europea..., p. 35.

parece centrarse en el modelo chino en el que políticamente todo parece controlado por el partido comunista (aunque económicamente haya visos de apertura al capitalismo, en ese caso de Estado). De hecho, algunos prevén que el diálogo en este campo va a suponer grandes divergencias entre las Partes[55].

Ahora bien, de la propia reglamentación jurídica que ofrece el ADPC y de los hechos más recientes se deduce que las Partes han olvidado ya en este campo sus reticencias de otros tiempos. En efecto, el acuerdo ofrece un marco jurídico en el que, por un lado, se conjuga la reafirmación del "respeto a los derechos humanos universales establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales pertinentes"[56] con "el respeto por la soberanía, la integridad territorial y la independencia política de la República de Cuba"[57]; por otro lado, se determina claramente la finalidad de este tipo de diálogo político: "mejorar la cooperación práctica" entre las Partes "tanto a nivel multilateral como bilateral"; y, por otro, se acotan algunos elementos procedimentales de ese diálogo como sucede con la agenda que debe ser acordada "entre las Partes", reflejando sus respectivos intereses y procurando que los derechos se aborden de manera equilibrada[58].

Además desde el año 2015 ambas Partes vienen desarrollando un diálogo sobre derechos humanos en el que, en un primer momento, participaron la Alta Representante de la UE y el Ministro de Asuntos Exteriores cubano y, después, se han celebrado varias reuniones alternativamente en Bruselas y en La Habana[59].

En resumidas cuentas, cabe destacar que en esta sección se completa jurídicamente, a nivel bilateral y con muchos más pros que contras, el diálogo político que ambas Partes ya venían manteniendo entre sí a nivel bilateral y en un grado más amplio y multilateral, como es el de la asociación estratégica birregional entre la UE y la CELAC.

---

[55] AYUSO, A, GRATIUS, S, y PELLÓN, R., "Reencuentro Cuba-UE, a la tercera va la vencida. Escenarios tras el acuerdo de cooperación", *Notes Internacionals CIDOB*, núm. 177, junio de 2017, p. 1-5, esp. p. 4.
[56] Tal y como dispone el apartado séptimo del Preámbulo.
[57] Así se expresa el apartado quinto del Preámbulo.
[58] Todo ello se regula en su art. 5.
[59] UNIÓN EUROPEA, ACCIÓN EXTERIOR, "Relaciones UE-Cuba, factsheet", Bruselas, 07.05.2018, en https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage_es/16559/Relaciones%20UE-Cuba,%20factsheet (consultado el 25.02.2019).

V. COOPERACIÓN Y DIÁLOGO SOBRE POLÍTICAS SECTORIALES.

Además de los intercambios de puntos de vista y de informaciones que les pueden ser útiles desde el prisma político, no cabe la menor duda de que las Partes poseen en común numerosos valores e intereses, que han facilitado progresivamente su aproximación, pasando así históricamente hablando de tener unas relaciones fundadas en la mera coexistencia (o cuasi inexistencia de relaciones) a otras más fructíferas en las que se ha ido consagrando paulatinamente y con cierta fortaleza la cooperación.

A pesar de ello, debe recordarse que en la Posición Común 96/697/PESC de 2 de diciembre de 1996[60], vigente hasta 12 de diciembre de 2016, la UE consideraba "que una plena cooperación con Cuba dependerá de las mejoras en el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales". Como es sabido, este instrumento jurídico condicionó la cooperación entre la UE y la República de Cuba, si bien algunos de sus EEMM desarrollaron individualmente la suya propia con el país caribeño e, incluso, la UE mantuvo expeditas las vias para la formalización práctica tanto de su cooperación al desarrollo[61] como de su ayuda humanitaria para hacer frente a catástrofes naturales (huracanes, sequías, etc).

En su consecuencia, puede reconocerse que, en esta esfera, el ADPC se halla influido tanto por la cooperación que la UE había venido desarrollando, dependiendo de los momentos y de forma muy desigual, sobre todo estas tres últimas décadas con la Isla, así como por la experiencia que habían consolidado muchos de sus EEMM en la cooperación estatal que habían mantenido con Cuba.

Ahora bien, debe subrayarse, al mismo tiempo, que esta cooperación bilateral, tal y como aparece regulada en él, da un salto cuantitativo y cualitativo, centrándose, en lo que aquí interesa, en "políticas sectoriales" y acompañándose y complementándose mediante un diálogo propio.

---

[60] Se recoge expresamente en su apartado núm. 2 (citada en *supra not*).

[61] Su relevancia socioeconómica ha sido destacada, con buen criterio, por AYUSO, GRATIUS y PELLÓN al señalar que con ella se ha conseguido "un relativo equilibrio en las asimetrías existentes respecto al tamaño de mercado, población y productos de intercambio que, pese al alto índice de desarrollo humano de Cuba, todavía reflejan una relación Norte-Sur", AYUSO, A, GRATIUS, S, y PELLÓN, R., "Reencuentro Cuba-UE, …, p. 3.

Con una redacción muy amplia, detallada y compleja si se compara con otros acuerdos similares del mismo entorno geográfico regional, el ADPC reglamenta cuarenta y cuatro artículos aglutinados en torno a siete títulos. Partiendo del primero de ellos que conforma el núcleo central al hacer referencia a un conjunto de disposiciones generales, el resto se concentra en toda una panoplia de materias, las cuales reciben una reglamentación específica y serán objeto del diálogo y la cooperación.

Así las cosas, el objetivo general que se persigue radica en "fortalecer las relaciones bilaterales entre la UE y Cuba mediante la aportación de recursos, mecanismos, instrumentos y procedimientos"[62]. Se prescribe un conjunto de principios, tales como el del apoyo y complemento de la cooperación a los esfuerzos de las partes, el del diálogo previo para la cooperación entre las Partes, el de la cooperación a diversos niveles (bilateral y regional), el de la promoción de la participación en la cooperación de todos los actores, el de la mejora de la eficacia en la cooperación, el de la gestión transparente, etc[63]. También se aborda el diálogo sobre políticas sectoriales que consistirá básicamente en intercambios de información, de opiniones y de las mejores prácticas[64].

Desde un prisma subjetivo o personal se potencia una cooperación muy elástica, puesto que abarca un amplio espectro de sujetos, al tener que realizarse mediante la participación de "actores de la sociedad", tales como las instituciones gubernamentales cubanas, las autoridades locales, las organizaciones internacionales, las agencias de desarrollo de los EEMM de la UE, y la sociedad civil, incluidas en esta última las asociaciones científicas, técnicas, culturales, artísticas, deportivas, de amistad y solidaridad, las organizaciones sociales, los sindicatos y las cooperativas[65]. Para llevar a cabo dicha cooperación, las Partes se comprometen a facilitar los recursos que sean adecuados, incluidos los de carácter económico; pero también se obligan a adoptar aquellas medidas que sean necesarias para proteger sus intereses financieros, como es el caso de la prevención y la lucha contra el fraude, la corrupción y cualquier otra actividad ilegal[66].

---

[62] Art. 15.1. En su segundo apartado se detallan algo más esos "mecanismos, instrumentos y procedimientos" concretándose en la complementación de los esfuerzos cubanos en su desarrollo sostenible, promover el desarrollo inclusivo, contribuir a conseguir los objetivos de la Agenda 2030 e identificar ámbitos de colaboración en cuestiones globales de interés común.
[63] Art. 16.
[64] Art. 17.
[65] Art. 19.
[66] Art. 21.

Y, en fin, como sectores en los que se desarrollará la cooperación se destacan, por una parte, aquellos que se califican como "ejes transversales y estratégicos para el desarrollo", nombrándose expresamente, dentro de ellos, los derechos humanos y la buena gobernanza, el desarrollo sostenible y la sostenibilidad ambiental, la prevención de desastres, la perspectiva de género, las personas en situación de vulnerabilidad, el desarrollo de capacidades nacionales, y la gestión del conocimiento[67].

Por otra parte, regulándose de forma más detallada, se remarca toda una serie de sectores sobre los que se proyectará la cooperación[68]: democracia y derechos humanos, buena gobernanza, fortalecimiento de las instituciones y del estado de Derecho, modernización de la administración pública, prevención y solución de conflictos, protección de los datos personales, drogas ilícitas, lavado de activos, delincuencia organizada, lucha contra la corrupción, tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras, lucha contra el terrorismo, migración, trata de personas y tráfico de migrantes, protección consular, sociedad civil, desarrollo social y cohesión social, empleo y protección social, educación, salud pública, protección del consumidor, cultura y patrimonio, personas en situación de vulnerabilidad, perspectiva de género, la juventud, desarrollo de las comunidades locales, cooperación sobre medio ambiente y cambio climático, gestión del riesgo de desastres, agua y saneamiento, agricultura, desarrollo rural, pesca y acuicultura, turismo sostenible, cooperación científica, tecnológica y en materia de innovación, transferencia de tecnología, energía, incluida la energía renovable, transporte, actualización del modelo económico y social, estadísticas, buena gobernanza en materia fiscal, cooperación regional.

VI. LAS RELACIONES COMERCIALES

Durante años, en tanto que "primer inversor y socio comercial", la UE se convirtió en "la baza económica de Cuba", sustituyendo "gran parte de las relaciones preferenciales con el ex bloque socialista" y garantizando "la supervivencia de la isla".[69]

[67] Art. 20.2.
[68] Que se detallan en los arts. 22 y ss.
[69] GRATIUS, S., "Cuba y Europa…", p. 91.

Aunque la realidad de las cosas muestra a las claras que esta situación ha empezado a cambiar principalmente desde la competencia comercial procedente de terceros Estados, la balanza comercial sigue siendo muy favorable para la UE y el ADPC ha permitido diseñar un marco jurídico global que, en su conjunto, consigue transmitir seguridad jurídica a los operadores económicos, a las instituciones, a las Administraciones Públicas (AAPP) y a los ciudadanos. En esta línea de argumentación parecen encajar las "dos funciones básicas" que, con acierto, han escrito DÍAZ BARRADO y MORÁN BLANCO, señalando que "por un lado, inserta las relaciones económicas con Cuba en el marco de la posición que la UE tiene con el conjunto de los Estados de América Latina y Caribe y «normaliza», con ello, una situación que se había convertido en singular. Por otro lado, el Acuerdo instaura un marco para la cooperación económica permanente entre Cuba y la UE"[70].

En él, previamente a los dos títulos en los que se estructura dedicados respectivamente al comercio y a la cooperación en materia comercial, se determinan una serie de objetivos que deben perseguir ambas Partes. Es en este punto donde se reconoce que, aunque el ADPC prescribe una igualdad jurídica y política, admite la desigualdad real y económica, toda vez que la mayor parte de ellos pretenden favorecer el comercio y la economía de la Isla. Bien es verdad que se trata de obligaciones generales, retóricas y de comportamiento, cuyo cumplimiento va a depender, en último término, de las acciones concretas que vayan consensuando las Partes y éstas, a su vez, se verán condicionadas por su propio contexto económico y por la coyuntura económico-política mundial.

En efecto, además del fortalecimiento de las relaciones económico-comerciales entre las Partes y el incremento de la contribución del comercio al desarrollo sostenible, se quiere promocionar la integración de Cuba en la economía mundial, fomentar el desarrollo y la diversificación de su comercio y de su economía, así como un mayor flujo de inversiones por medio del desarrollo de un entorno atractivo y estable[71].

En coherencia con la relevancia que las Partes otorgan al Derecho internacional que rige el comercio[72], apuestan, en el primer título, por el libre comercio basado en normas jurídicas, poniendo especial énfasis en algunos principios jurídicos esenciales

[70] DÍAZ BARRADO, C.M. y MORÁN BLANCO, S., "Las relaciones Cuba y Unión Europea…", p. 997.
[71] Art. 60.
[72] Así lo reafirman en el párr. del Preámbulo.

como el trato de nación más favorecida, el trato nacional, la transparencia en la aplicación de sus medidas comerciales. Alinean expresamente su comercio a una pluralidad de acuerdos de la OMC: sobre facilitación del comercio, sobre obstáculos técnicos al comercio, sobre salvaguardias, sobre subvenciones y medidas compensatorias y sobre la aplicación de los arts. VI y XX del GATT de 1994. También subrayan las normas de Derecho internacional convencional y las organizaciones internacionales en lo que respecta a las medidas sanitarias y fitosanitarias (MSF). En fin, una cláusula de revisión permite que las partes puedan modificar este título mediante su mutuo consentimiento[73].

Su segundo título se ocupa de materias tales como las referentes a aduanas, cooperación para facilitar el comercio, propiedad intelectual, cooperación en materia de obstáculos técnicos, inocuidad alimentaria, cuestiones sanitarias y fitosanitarias y de bienestar animal, bienes tradicionales y artesanales, comercio y desarrollo sostenible; cooperación en materia de defensa comercial, normas de origen e inversión[74].

VII.- LOS ÓRGANOS ENCARGADOS DE SU DESARROLLO Y CONTROL DEL CUMPLIMIENTO.

A diferencia de lo que sucede en otros tratados internacionales semejantes que la UE ha celebrado con terceros, el ADPC introduce una estructura orgánica caracterizada por la sencillez y la utilidad práctica[75], con la cual se pone énfasis en su perfil intergubernamental, en su paridad en la representación, en la preservación de la soberanía (cubana) y en la apuesta por la negociación consensuada tanto para diseñar la agenda como para tomar decisiones.

En concreto, se centra en los órganos encargados de su desarrollo y control en su última parte, dedicada a las disposiciones institucionales y finales, en concreto en sus arts.

[73] Ver. arts. 61-70.
[74] Arts. 71-80.
[75] Esto no es del gusto de todos, porque algunos lo han criticado reseñando que "no se ha diseñado un marco institucional sólido que acelere el proceso de cooperación entre ambas Partes" y que el ADPC "no presta verdaderas oportunidades para que se hagan efectivos todos los compromisos y lineamientos que se contemplan". Cf. DÍAZ BARRADO, C.M. y MORÁN BLANCO, S., "Las relaciones Cuba y Unión Europea…", p. 1000.

81 a 83[76]. Como órganos principales instituye el Consejo Conjunto y el Comité Conjunto, si bien deja la puerta abierta para que éste último cree los subcomités que considere conveniente para que lo ayuden en el desarrollo de sus tareas y establece ya, además, un Subcomité de Cooperación[77].

VII.1. El Consejo Conjunto.

Lo integran los representantes de las Partes a nivel ministerial. Su funcionamiento se basa en su reglamento interno del que dota autónomamente. Sus reuniones ordinarias deben ser regulares y su celebración no puede superar el plazo de los dos años. También puede organizar sesiones extraordinarias siempre que las Partes lo acuerden. Introduce la figura de la Presidencia cuyo ejercicio queda encomendado alternativamente en cada reunión a un representante de la UE y a otro de la República de Cuba.

Para alcanzar los objetivos que prescribe el ADPC, el Consejo Conjunto adoptará decisiones vinculantes para las Partes y puede formular recomendaciones. A la hora de adoptar sus decisiones, no se exige un sistema de mayorías tal y como sucede en el seno de otros órganos internacionales, sino más certeramente la modalidad del consenso, toda vez que deben adoptarse "de común acuerdo entre las Partes".

En cuanto a los cometidos que tiene asignados destacan, por una parte, la supervisión del cumplimiento de los objetivos del ADPC y, por otra, el examen de cualquier cuestión que surja respecto del ADPC y cualquier otra de interés común, independientemente de que sea bilateral, multilateral o internacional.

VII.2. El Comité Conjunto

Lo componen representantes estatales a un nivel inferior que los representados en el anterior órgano, ya que no serán ministros, sino, en este caso, "altos funcionarios".

Funciona de acuerdo con su propio reglamento que él mismo establece. Como el anterior órgano, éste puede reunirse en sesiones ordinarias y en extraordinarias. Las primeras tienen normalmente una periodicidad anual, deben centrarse en revisar

[76] Los contenidos jurídicos de los arts. 81 y 82 son los que se tendrán presentes para redactar los contenidos correspondientes al Consejo Conjunto y al Comité Conjunto.
[77] Art. 83.1 y 6.

globalmente la aplicación del ADPC, y tienen lugar alternativamente en Bruselas y en Cuba "en una fecha y con un orden del día previamente acordados por las Partes". Diversamente a lo anterior, la convocatoria de las extraordinarias queda supeditada al "común acuerdo y a petición de cualquiera de las Partes". En sus reuniones y a semejanza del Consejo Conjunto, este órgano estará presidido alternativamente por un representante de la UE y un representante de la República de Cuba. Sus decisiones también las tomará "de común acuerdo entre las Partes".

Entre sus principales competencias cabe destacar las cuatro siguientes: ayudar al Consejo Conjunto en el cumplimiento de sus funciones, ser el principal responsable de la aplicación general del ADPC, adoptar aquellas decisiones que le delegue el Consejo Conjunto y crear subcomités.

VIII. CONCLUSIONES.

Gracias al ADPC se han establecido las bases jurídicas necesarias para mantener y desarrollar por parte de la UE, junto con sus EEMM, y Cuba, unas relaciones bilaterales, que ya no están basadas en la zanahoria y el palo como en tiempos pretéritos, sino en la igualdad y el respeto mutuo.

De entre las notas que mejor lo caracterizan puede remarcarse que es bilateral y mixto, un acuerdo marco, inclusivo en su ejecución, marcadamente heterogéneo, que sus obligaciones son mayoritariamente de comportamiento y que presenta una estructura muy peculiar.

Establece toda una serie de grandes principios en los que se inspira su cumplimiento y que fomentan la confianza mutua entre las Partes, puesto que, además de comprometerse con un sistema multilateral fuerte y eficaz y con el pleno respeto y observancia del Derecho internacional y de los propósitos y principios de la Carta de las NNUU, sus relaciones se basarán en la igualdad, la reciprocidad y el respeto mutuo, promoverán el desarrollo sostenible, el respeto de los principios democráticos, los derechos humanos y el estado de Derecho, y reconocen que todos los pueblos tienen derecho a determinar libremente su sistema político y a perseguir libremente su desarrollo socio-económico y cultural.

Con objetivos realmente ambiciosos no se limita únicamente a fortalecer sus mutuas relaciones, sino que promueve tanto la concertación entre las Partes en sus relaciones con terceros, como la preservación de normas mundiales que inciden en la propia Comunidad internacional.

Se trata de un tratado que ha institucionalizado el diálogo político bilateral que, desde hace años, venían manteniendo la UE y la República de Cuba y, al propio tiempo, lo ha fortalecido. Su realización a "intervalos regulares" y por altos funcionarios puede darnos una idea de que las Partes han querido mantener su continuidad a lo largo del tiempo; pero ésta, las materias a abordar y su grado de profundización dependen en último término de la voluntad que tengan las Partes en cada momento.

Se ha encauzado definitivamente el diálogo político mediante un conjunto de modalidades y procedimientos consistentes, entre otras cosas, en asistencia técnica y financiera, cooperación bilateral basada en las prioridades acordadas o la participación de Cuba en programas de la UE[78].

Respecto a las políticas sectoriales se mantiene también el mecanismo del diálogo, pero, al propio tiempo, se va más allá, a fomentarse la cooperación. Si se compara con otros instrumentos semejantes, presenta una regulación muy amplia y ambiciosa, toda vez que no se limita a los meros intercambios de información y de opiniones, sino que fomenta las mejores prácticas y una cooperación que permite incluir un amplio abanico de protagonistas de ambos lados del Atlántico. Incluye materias transversales y vanguardistas como la prevención de desastres, la perspectiva de género, las personas en situación de vulnerabilidad, la gestión del conocimiento, los derechos humanos y la buena gobernanza o el desarrollo sostenible[79]. Proyecta la cooperación hacia numerosos ámbitos que, con el tiempo, pueden mejorar el nivel de vida y el bienestar de los seres humanos.

En la esfera de las relaciones comerciales, el ADPC potencia la transformación económica de Cuba desde el fortalecimiento de las relaciones económico-comerciales con la UE y del respeto del Derecho internacional económico-comercial, especialmente sus principios jurídicos, así como las normas de la OMC y de otras organiciones internacionales pertinentes.

[78] Art. 18.
[79] En este caso se adiciona la "sostenibilidad ambiental" como algo realmente reincidente e innecesario, porque todo desarrollo sostenible tiene que ser necesariamente sostenible desde un prisma ambiental.

Como órganos encargados de su desarrollo y de controlar su aplicación, se establecen dos órganos principales y paritarios: el Consejo Conjunto y el Comité Conjunto. Ambos se reunen ordinariamente a intervalos regulares, bajo una presidencia rotatoria y toman sus decisiones por consenso. También pueden crearse subcomités.

En definitiva, puede afirmarse que el ADPC establece el régimen jurídico de las relaciones bilaterales entre la UE (junto con sus EEMM) y la República de Cuba, que no solo consolida y fortalece los progresos conseguidos con anterioridad, sino que también moderniza, amplia y proyecta de cara al futuro un marco jurídico general que catapulta a Cuba como uno de los socios privilegiados de la UE en Latinoamérica y el Caribe.

Obviamente su grado de cumplimiento y su gran capacidad de desarrollo van a depender de las continuas negociaciones que, a lo largo del tiempo, desarrollen entre sí las Partes. Como resultado de ellas, pueden concretar sus anhelos e intenciones en textos jurídicos más concretos sobre todo cuando se reunan en un foro intergubernamental como es el Consejo Conjunto. Buena muestra de ello ha sido la firma de, al menos, tres acuerdos de cooperación sobre energías renovables, agricultura y cultura[80].

En suma, el nuevo régimen jurídico fortalece el diálogo y la cooperación entre las Partes en numerosos ámbitos de interés común, generando, a su vez, nuevas oportunidades para sus empresas y para sus ciudadanos.

[80] La UE ha aportado respectivamente para cada uno de ellos 18, 21 y 10 millones de euros. Cf. BRELEUR, A.-S., "L'Union européenne signe des accords d'investissements avec Cuba", 18.01.2018, https://www.mediaphore.com/2018/01/union-europeenne-accords-investissements-cuba/ (Consultado el 25.02.2019)

BIBLIOGRAFÍA.

AYUSO, A. GRATIUS, S. y PELLÓN, R., "Reencuentro Cuba-UE, a la tercera va la vencida. Escenarios tras el acuerdo de cooperación", *Notes Internacionals CIDOB*, núm 177, junio de 2017, p. 1-5.

AYUSO, A. y GRATIUS, S., "¿Nadar a contracorriente? El futuro del acuerdo de la Unión Europea con Cuba", in A. AYUSO y S. GRATIUS (Eds.), *Nueva etapa entre Cuba y la UE. Escenarios de futuro*, Barcelona, CIDOB, 2017, p. 89-104.

BRELEUR, A.-S., "L'Union européenne signe des accords d'investissements avec Cuba", 18.01.2018, https://www.mediaphore.com/2018/01/union-europeenne-accords-investissements-cuba/ (Consultado el 25.02.2019)

CONTRERAS, D., *La Unión Europea ante los retos de la democratización en Cuba*, Serie Unión Europea de Documentos de Trabajo del Instituto Universitario de Estudios Europeos. Madrid, CEU ediciones, 2010.

CRIADO ALONSO, F., "La política de democratización de la Unión Europea y el caso de Cuba", *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm. 142, octubre-diciembre de 2008, p. 11-41, esp. p. 22 y ss.

DÍAZ BARRADO, C.M. y MORÁN BLANCO, S., "Las relaciones Cuba y Unión Europea: «el comienzo de una gran amistad»", *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 34, 2018, p. 966 y ss.

DÍAZ LEZCANO, E., "Las relaciones Unión Europea-Cuba. Evolución y perspectivas", *Clío América*, Vol. 1, núm. 2, noviembre de 2007, p. 259-267.

GRATIUS, S., "Cuba y Europa: diez años de encuentros y desencuentros", *América Latina, Hoy*, 1998, núm. 18, p. 91- 98.

MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, C. y PÉREZ BENÍTEZ, S, "Relaciones Cuba-Unión Europea (1959-2014) desde un enfoque histórico", *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, núm. 122-123, mayo-diciembre de 2015, p. 65-90.

MUÑOZ RODRÍGUEZ, M.-C., *Democracia y derechos humanos en la acción exterior de la Unión Europea*, Madrid, Editorial Reus, 2010.

NIEDRIST, G., "Las cláusulas de los derechos humanos en los tratados de libre comercio de la Unión Europea", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. 11, 2011, p. 463-485.

OJEDA REVAH, M., "Cuba y la Unión Europea. Una perspectiva histórica", *Latinoamérica 54, Revista de Estudios Latinoamericanos,* 2012, Vol.1, p. 9-36, esp. 24.

ORTEGA CARCELÉN, M., *Derecho Global. Derecho internacional público en la era global*, Madrid, Tecnos, 2014, p. 35.

ORTIZ, E., "Unión Europea-Cuba: relación compleja, futuro incierto", Anuario Español de Derecho Internacional, Vol. 32, 2016, p. 337-371.

PERERA GÓMEZ, E., *La política de la Unión Europea hacia Cuba: construcción, inmovilismo y cambio (19989-2017),* Panamá, Ruth Casa Editorial, 2017.

RIECHMANN, J., "Desarrollo sostenible: la lucha por la interpretación", *in De la economía a la ecología,* J. RIECHMANN *et alt.,* Madrid, Trotta, 1995, p. 9-35.

ROY, J., "La Unión Europea ante Cuba y Colombia: de buenas intenciones y altas esperanzas a notables contradicciones y grandes frustraciones", *América Latina Hoy*, nº 31, 2002, p. 33-61.

UGALDE ZUBIRI, A., "Análisis de 2012 de la posición común de la Unión Europea hacia Cuba: una política incoherente, contradictoria y fracasada", *Inguruak: Soziologia eta zientzia politikoaren euskal aldizkaria = Revista vasca de sociología y ciencia política*, núm. 55-56, 2013, p. 1595-1608.

UGALDE ZUBIRI, A., "La posición común de la Unión Europea hacia Cuba a reconsideración (2008-2010)", *Política Internacional*, núm. XIV-XV, enero-diciembre de 2010, p. 168-191.

UGALDE ZUBIRI, A., "La posposición de la revisión de la Posición Común de la Unión Europea hacia Cuba", *Inguruak: Soziologia eta zientzia politikoaren euskal aldizkaria = Revista vasca de sociología y ciencia política*, núm. 48-49, 2011, p. 175-192.

UNIÓN EUROPEA, ACCIÓN EXTERIOR, "Relaciones UE-Cuba, factsheet", Bruselas, 07.05.2018, en https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage_es/16559/Relaciones%20UE-Cuba,%20factsheet (consultado el 25.02.2019).