

UNIDAD III

La aplicación en el ámbito interno del derecho internacional de los derechos humanos

Objetivos:

1. Obtener conocimientos sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sus implicaciones con respecto al acceso a la justicia.
2. Obtener conocimientos sobre la obligación de las autoridades administrativas y judiciales de aplicar directamente el derecho internacional de los derechos humanos, no solo con respecto a los derechos civiles y políticos, sino también los derechos económicos, sociales y culturales.
3. Obtener conocimientos sobre el valor jurídico que tienen los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, dentro de las fuentes del derecho panameño.
4. Obtener conocimientos sobre la responsabilidad internacional que tiene el Estado panameño si no garantiza el acceso a la justicia.
5. Obtener habilidades y destrezas para la aplicación directa del derecho internacional de los derechos humanos como derecho aplicable en Panamá.

1. Antecedentes del derecho internacional de los derechos humanos

El derecho internacional de los derechos humanos es una rama reciente del derecho internacional público, que surgió primordialmente como reacción a las violaciones extremas que se dieron a la dignidad humana con el Holocausto realizado por el Estado nacionalsocialista alemán.

Debe reconocerse, sin embargo, que abarca toda una serie de antecedentes filosóficos e históricos, que le dieron un sustento, debiéndose resaltar diversas declaraciones de derechos inglesas y estadounidenses, lo mismo que la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y las enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América.

Todos estos documentos tenían una base filosófica en la doctrina clásica del Derecho Natural, influenciada por autores como Locke, Rousseau, Montesquieu y Hobbes.

Lo anterior provocó que en el siglo XIX en diversas constituciones, entre ellas las latinoamericanas, se fueran regulando derechos de la persona humana constitucionalmente, lo mismo que el derecho a la resistencia frente al Poder en el caso de que no fueran reconocidos⁸⁶.

El gran impulso para el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos fue dado por las Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y por la Declaración Universal de Derechos Humanos, ambas aprobadas en 1948.

Las referencias que se incluyeron a los derechos humanos en la Carta de la ONU fueron de carácter general, no incluyéndose un catálogo de derechos, ni un deber claro de respetar dichos derechos ni un procedimiento para su puesta en práctica⁸⁷.

De ahí que se hacía necesario que la Carta de la ONU fuera complementada por otro instrumento internacional, en el que destacó la relevancia del aporte latinoamericano, dentro del cual debe resaltarse el panameño, a la decisión de redactar una Declaración Universal de Derechos Humanos. En efecto indica Miguel Osset que gracias a los esfuerzos de Ricardo Alfaro de Panamá, con el apoyo de Chile, Cuba, Ecuador, Egipto, Francia y Liberia, se aprobó la decisión de redactar una Declaración Universal de Derechos Humanos⁸⁸.

86 Acerca de los antecedentes históricos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: González, Nazario (2002); Llobet Rodríguez (2007, pp. 22-45).

87 Así: Verdross (1980, p.542), Gros Espiell (1988, p.25), Podestá Costa/Ruda (1979, T.I, p.441).

88 Cf. Osset (2001, pp. 35-36).

1.a. Derecho internacional público y derecho internacional de los derechos humanos

El derecho internacional de los derechos humanos, a pesar de la influencia filosófica que recibió, como se dijo, de la escuela clásica del derecho natural, es derecho positivo y no derecho natural. Así, se establecen obligaciones para los Estados que son exigibles jurídicamente y que deben ser cumplidas en primer término en el ámbito interno y en forma subsidiaria, ante los órganos de protección internacionales de Derechos Humanos.

El derecho internacional de los derechos humanos, como parte del derecho internacional público regula obligaciones para los Estados, además establece derechos del ser humano frente al Estado⁸⁹.

Sobre ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos en opinión consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, dada con respecto al efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención americana de derechos humanos dijo:

Los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.⁹⁰

En el mismo sentido la Corte Internacional de Justicia, en 1951, al pronunciarse con respecto a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio había señalado:

La Convención fue adoptada manifiestamente con un propósito puramente humanitario y civilizador. Uno no puede concebir una convención que ofrezca en un más alto grado este doble carácter, puesto que ella está orientada, por otra parte, a salvaguardar la existencia misma de ciertos grupos humanos y, por la otra, a confirmar y endosar

89 Así: Faúndez Ledesma (2004, pp. 6-8); Villán Durán (2002, pp. 222-223); Pinto (1999, pp. 57-59); Abregú (1998, pp. 7-8).

90 En sentido similar: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia 54 del 24 de septiembre de 1999, No. 43-44, que resolvió la competencia en el caso Ivcher Bronstein; sentencia 55 del 24 de septiembre de 1999, No. 41-42, que se trata de una resolución de competencia en relación con el llamado caso del Tribunal Constitucional; opinión consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, No. 24, que señaló que el sistema establecido en la convención está destinado a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo. Sobre ello véase: Buergenthal, Thomas/Grossmann, Claudio/Nikken, Pedro (1990, pp. 172-173).

los más elementales principios de moralidad. En tal convención los Estados contratantes no tienen ningún interés propio; todos y cada uno de ellos simplemente tienen un interés común, que consiste en el cumplimiento de estos altos propósitos que son la razón de ser de la Convención.⁹¹

Por otro lado, mientras en el Derecho Internacional Público es común que rijan el principio de reciprocidad⁹² con respecto al cumplimiento de los Convenios entre los Estados, este principio no rige en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁹³. Por ello un Estado no puede justificar la violación de los derechos humanos de las personas de otra nacionalidad, con la argumentación de que en el Estado del que son ciudadanos esas personas se irrespetan los derechos humanos de los extranjeros. Tampoco podría alegarse que un tratado de derechos humanos es ineficaz como consecuencia de la violación grave del mismo por parte de otro Estado⁹⁴.

El derecho internacional de los derechos humanos ha recibido con frecuencia las mismas críticas que se le dan al derecho internacional público, en cuanto a la falta de un poder coactivo internacional en caso de incumplimiento.

A nivel del derecho internacional público debe anotarse que el órgano que puede disponer el uso de la fuerza es el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, habiendo éste llegado a considerar, aunque esporádicamente, que violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en un Estado pueden implicar amenazas a la paz que justifiquen la intervención utilizando la fuerza, conforme a la Carta de las Naciones Unidas⁹⁵.

Sin embargo, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no deja de ser un órgano politizado, debiendo resaltarse el poder de veto de las grandes potencias que forman parte del Consejo: Estados Unidos de América, Rusia, China, Francia y el Reino Unido⁹⁶. A pesar de ello, se llega a afirmar la obligatoriedad de las normas del derecho internacional público y del derecho internacional de los derechos humanos, resultando que, por ejemplo, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tienden a ser respetadas por el Estado en contra del cual se falló, ello ante el descrédito internacional que supondría su incumplimiento.

91 Citada por: Faúndez Ledesma (2004, p. 21).

92 El principio de reciprocidad se refiere a que el incumplimiento de un Estado llega a justificar la falta de cumplimiento del otro Estado contratante

93 Cf. Villán Durán (2002, pp. 222-223); Pinto (1999, pp. 60-61).

94 Cf. art. 60, inciso 5) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre estados y organizaciones internacionales, o entre organizaciones internacionales.

95 Cf. Villán Durán, 2002, p. 175.

96 Sobre el Consejo de Seguridad de la ONU: Villán Durán, 2002, pp. 174-177.

1.b. La protección del derecho internacional de los derechos humanos

El derecho internacional de los derechos humanos tradicionalmente ha estado asociado a la regulación de derechos de las personas, frente al Estado⁹⁷. El primer deber estatal es de prevenir las violaciones de los derechos humanos, de modo que la responsabilidad estatal puede derivarse no solamente por acción, sino también por omisión.

La actuación u omisión de agentes estatales o de sujetos particulares con la anuencia o tolerancia de los agentes estatales, que quebrante las normas del derecho internacional de los derechos humanos genera responsabilidad estatal⁹⁸.

Frente a ese quebranto la primera obligación estatal es de emprender una investigación seria, para la determinación y sanción de los responsables, debiendo realizarse esa investigación en un plazo razonable y ser juzgada por un tribunal imparcial.

Puede incluso generarse responsabilidad estatal por acciones u omisiones de agentes no estatales, por ejemplo hechos delictivos realizados por particulares, cuando el Estado no ha actuado adecuadamente para prevenir esos hechos delictivos, o bien no emprende una investigación seria para la determinación de los responsables⁹⁹.

En este sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recientemente presentó una demanda en contra del Estado de México con respecto a tres casos de femicidio, por la denegación de justicia por parte del Estado mexicano, la falta de políticas de prevención de la violencia contra las mujeres y el conocimiento de las autoridades estatales de la existencia en Chihuahua de un patrón de violencia contra mujeres y niñas¹⁰⁰. Sin embargo, no se puede hablar con propiedad que los delincuentes violen los derechos humanos. Por ello mismo no se puede afirmar que en los casos de violencia intrafamiliar los particulares responsables de los mismos hayan incurrido en una violación de los derechos humanos¹⁰¹.

97 Sobre ello véase; Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 (No. 22). Véase también: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 5 de julio de 2004 (Caso 19 comerciantes vs. Colombia) (No. 181). Cf. Faúndez Ledesma (2004, pp. 6-8); Nikken (1994, pp. 27-28).

98 Cf. Pinto (1999, p. 12).

99 Cf. Villán Durán (2002, pp. 222-223); Pinto (1999, pp. 60-61). Véase en particular: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 5 de julio de 2004 (Caso 19 comerciantes vs. Colombia) (No. 140).

100 Rotativo de Querétano, http://rotativo.com.mx/nacionales/primer_caso_de_femicidio_ante_la_corte_interamericana/64,33,4674.html

101 Sobre ello: Faúndez Ledesma (2004, p. 11). En contra: Arroyo Vargas (2002, p. 111, la que dice: “*Si el Derecho Internacional avanza en el reconocimiento de las personas como posibles sujetos de derecho, nada impide pensar en que estos sujetos sean también violadores de los derechos humanos*”. Agrega: “*La actual Convención Interamericana para Prevenir y Erradicar La Violencia contra La Mujer es un ejemplo de esta tesis de que la violación a los derechos humanos no solo es la perpetuada por los agentes del Estado, sino también entre particulares*”.

Aquellos que cometen delitos infringen propiamente el derecho interno y deben ser responsabilizados frente a éste.

Todo sin perjuicio de que el derecho internacional de los derechos humanos tenga un efecto frente a terceros, de modo que al llegar a ser asumido como obligaciones estatales que deben ser cumplidas en el ámbito interno, implica que se deriven efectos sobre todo el ordenamiento jurídico, de modo que en el ámbito interno se derivan derechos y obligaciones por parte de las personas. Por ejemplo, la prohibición de la violencia intrafamiliar establecida en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém de Pará), implica una prohibición de dicha violencia en el derecho interno, dirigida a los particulares, aunque no existiera una ley en el derecho interno que estableciera expresamente dicha prohibición.

Igualmente el principio de respeto a la dignidad humana, del que se parte en el derecho internacional de los derechos humanos, tiene implicaciones también con respecto al derecho interno en relación con las relaciones entre particulares, estableciendo límites a la autonomía de la voluntad en materia contractual. Sin embargo, los quebrantos a esas obligaciones que se dan con la incorporación de las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos como derecho interno, no implican que los particulares que las quebrantan violentan el derecho internacional de los derechos humanos, sino lo que violentan es el derecho interno.

Al Estado se le puede hacer responsable de quebrantar el derecho internacional de los derechos humanos, no a los particulares.

El tema de la violación de los derechos humanos por agentes no estatales es sumamente controvertido hoy día. Al respecto la creación del Tribunal Penal Internacional, a través del Estatuto de Roma, lo mismo que los Tribunales Internacionales de la antigua Yugoslavia y de Ruanda, ha introducido nuevos aspectos, admitiéndose la responsabilidad penal internacional de sujetos individuales, no necesariamente ligados a un Estado, ello en el caso de violaciones graves de los derechos humanos¹⁰², ello de acuerdo con el catálogo de delitos a perseguir establecidos como competencia de cada uno de esos Tribunales.

Algunos han llegado incluso a mencionar que existe violación de los derechos humanos por la actividad del narcotráfico, o bien por medio de la comisión de actos terroristas, materias con respecto a las cuales se han suscrito diversas convenciones internacionales que ordenan su represión. Sin embargo, a pesar de los graves quebrantos a los derechos de otros, que pueden darse por medio de esas actividades y de la normativa internacional que dispone su represión, **es preferible seguir manteniendo la conceptualización de los derechos humanos como derechos frente al Estado**¹⁰³, ello con la excepción indicada relativa a los Tribunales Penales Internacionales.

102 Sobre ello: Ambos (2006, pp. 21-25).

103 Al respecto, señala Faúndez Ledesma: “Tratar de extender el concepto de derechos humanos, que tiene connotaciones jurídicas y políticas muy precisas, para equiparar la responsabilidad del Estado, la de gru-

Igualmente ha de reconocerse que la globalización económica ha llevado al planteamiento de la controversia sobre la violación de los derechos humanos por las compañías transnacionales, dada la pérdida de poder del Estado ante las mismas. Esto tiene particular importancia en lo atinente a la violación de los derechos de los trabajadores, consagrados en diversos Convenios Internacionales de la OIT. Sin embargo, hasta el momento no se ha llegado a un consenso para admitir tal extensión.

1.c. Evolución de los derechos humanos

Entre los aspectos importantes del derecho internacional de los derechos humanos está el carácter progresivo del reconocimiento de los derechos, lo que lleva a que el listado de derechos humanos no puede considerarse como concluido, sino se encuentra incompleto, de modo que el desarrollo económico, social y político llegan al reconocimiento de nuevos derechos, una vez que se ha logrado un consenso internacional para ello¹⁰⁴.

De hecho se aprecia una evolución en el derecho internacional de los derechos humanos hacia el reconocimiento de nuevos derechos, lo que ha llevado a que se hable de diversas generaciones de derechos humanos¹⁰⁵.

Así se hace mención a los derechos humanos de la primera generación, haciéndose referencia a los derechos civiles y políticos, derechos humanos de la segunda generación, como los derechos económicos, sociales y culturales y derechos humanos de la tercera generación, que se caracterizan por su carácter difuso y reflejan una de las tendencias del derecho internacional de los derechos humanos hacia su reconocimiento, principalmente a partir de la década de los ochenta del siglo XX. Dentro de estos derechos humanos de carácter difuso se encuentran derechos como el derecho a la paz, al desarrollo, a un medio ambiente sano, etc.

También una de las tendencias del derecho internacional de los derechos humanos en las últimas décadas es hacia una especificidad de los derechos humanos de ciertos grupos, atendiendo a sus particularidades, y a la discriminación y vulnerabilización de que tradicionalmente han sido objeto, por ejemplo el reconocimiento de derechos de la mujer en contra de la discriminación, la desigualdad con el hombre y en contra de la violencia en contra de la mujer; los derechos de los niños y de las niñas; los derechos de los trabajadores inmigrantes, los derechos de las personas que tienen alguna discapacidad, los derechos de los pueblos indígenas, etc.

pos insurgentes, terroristas y delincuentes comunes, es una forma muy sutil de intentar eludir las obligaciones que le corresponden al Estado; con ello se ha pretendido trivializar la noción de derechos humanos, y justificar el abuso y la arbitrariedad como única respuesta posible frente al delito". (Faúndez Ledesma: 2004, p.17). Véase además: Hutter (2003, pp.74-75).

104 Cf. Buergenthal, Thomas/Grossmann, Claudio/Nikken, Pedro (1990, pp. 175-176).

105 Cf. Llobet Rodríguez (2007, pp. 95-105).

Primera generación	Segunda generación	Tercera generación
Derechos civiles y políticos	Derechos económicos, sociales y culturales	Derechos difusos: paz, desarrollo, medioambiente sano

1.d. Definición del derecho internacional de los derechos humanos

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos acercarnos a definir al Derecho Internacional de los derechos humanos como

Aquella rama del derecho internacional público que establece los derechos del ser humano por el simple hecho de serlo, basándose en última instancia en el principio de dignidad de la persona, el cual sostiene que todos los seres humanos tienen una misma dignidad y debe garantizárseles un mínimo de derechos como consecuencia de ello.

Esta idea parte del concepto de dignidad de la persona que, como se dirá luego, es la base de la universalidad de los derechos humanos, pero no deja de ser una concepción de los derechos humanos del derecho internacional como ligada al derecho positivo, y no propiamente al derecho natural.

Ejercicios de evaluación

Marque con una x la respuesta correcta:

1. Se considera al derecho humano a la educación como un derecho de
 - a) Primera generación
 - b) Segunda generación
 - c) Tercera generación
2. Los antecedentes históricos de los derechos humanos son relevantes porque:
 - a) Permiten clarificar la progresividad de los derechos humanos.
 - b) Facilitan la comprensión integral de los fundamentos de los derechos humanos.
 - c) Las dos respuestas anteriores son correctas.

2. El principio de dignidad de la persona

2.a. El principio de dignidad de la persona como base de los derechos humanos

Existe consenso en que el principio sobre el que giran los diversos derechos humanos es el de dignidad de la persona humana¹⁰⁶, el cual parte de que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene una serie de derechos, y se prohíbe el trato discriminatorio¹⁰⁷.

La mención al principio de dignidad de la persona se encuentra en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, en el que se señala que:

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

En el mismo sentido la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, aprobada pocos meses antes que la Declaración Universal, dice en su preámbulo:

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 (...).

Por otra parte el reconocimiento de que los diversos derechos humanos provienen del principio de dignidad de la persona aparece en el preámbulo del PIDCP de 1966, que dice: “(...) estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana (...)”. Una mención similar se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de ese mismo año.

La Constitución Política de Panamá hace mención al principio de dignidad de la persona humana en su artículo 17, colocando dicho principio al lado de los principios fundamentales, al decir que los derechos establecidos en la Constitución Política serán considerados como mínimos, que modo que no excluyen “(...) otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona”.

106 Así: Delgado Pinto (1989, p. 138), Schöne (1992, p. 193), Llobet Rodríguez (2004, pp. 107-108), Verdross (1980, p. 543), Blanc (2001, pp. 17-19), Oraá/Gomez Isa (2002, p. 47).

107 Como indica Antonio Blanc: “*El reconocimiento específico de derechos a determinados colectivos, como las mujeres, los niños, los trabajadores migrantes o los refugiados, entres otros, no tiene como objetivo incorporar un catálogo de derechos cuya titularidad solo afectaría a las personas pertenecientes a dicho grupo, sino que partiendo de la situación de especial vulnerabilidad o indefensión, se adoptan instrumentos específicos de reconocimiento y protección para reforzar el respeto de los derechos humanos fundamentales, incluso con la incorporación de determinados mecanismos de ‘discriminación positiva’.*” (Blanc, 2001: p. 18).

2.b. Consecuencias del principio de dignidad de la persona humana

Como lo indican Jaime Oraá y Felipe Gómez Isa la Declaración Universal de Derechos Humanos no contiene una definición de dignidad humana¹⁰⁸. Ello obedece a que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se preocupa más por proteger los derechos humanos que por fundamentarlos, de modo que desde esta perspectiva se desvincula de las consideraciones de carácter filosófico¹⁰⁹.

Por ello mismo en la misma Declaración Universal de Derechos Humanos se eludieron argumentos de carácter metafísico con respecto a los derechos humanos, por ejemplo la fundamentación de los mismos en consideraciones religiosas. Así no se encuentra en el preámbulo ninguna referencia a Dios, lo que habría sido vetado por las delegaciones de los países socialistas, unido a que las diferentes concepciones religiosas no habrían llegado a un acuerdo¹¹⁰. Sobre ello, como indica Ignatieff, la Declaración Universal enuncia derechos, pero no explica por qué se tienen esos derechos¹¹¹.

El principio de dignidad de la persona humana está relacionado estrictamente con el principio de igualdad, en cuanto se parte de que todos los seres humanos tienen una dignidad y que no puede hablarse de una mayor dignidad de unos con respecto a otros, lo que lleva a la prohibición de cualquier tipo de discriminación.

Con respecto al principio de la dignidad humana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró con respecto a la aplicación de la pena de muerte a todo homicidio intencional sin consideración de las circunstancias del caso, es contraria al principio de dignidad de la persona humana. Dijo en la sentencia del 21 de junio de 2002 (Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad Tobago).

105. La Corte coincide con la afirmación de que al considerar a todo responsable del delito de homicidio intencional como merecedor de la pena capital, 'se está tratando a los acusados de este crimen no como seres humanos individuales y únicos, sino como miembros indiferenciados y sin rostro de una masa que será sometida a la aplicación ciega de la pena de muerte'¹¹².

108 Cf. Oraá/Gómez Isa (2002, p. 48).

109 Cf. Bidart Campos (1997, p. 13). Véase además: Ignatieff (2003, pp. 76-77).

110 Cf. Ignatieff (2003, pp. 85 y 97). Sobre ello véase también: Oraá/Gómez Isa (2002, p. 50); González, Nazario (2002, pp. 195-197).

111 Ignatieff (2003, p. 97).

112 Esta posición fue reiterada por la Corte Interamericana en la sentencia de 15 de septiembre de 2005 (No. 80) (Caso Raxcacó vs. Guatemala).

Por otra parte, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Federal Constitucional alemán de 16 de julio de 1969, indicó:

Se le atribuye al ser humano en la sociedad un derecho a ser respetado y valorado. Contraviene la dignidad humana, el hacer del ser humano un simple objeto del Estado¹¹³.

Debe resaltarse además la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Federal Constitucional alemán del 15 de diciembre de 1970 en la audiencia de 7 de julio de 1970, en la que dijo:

Las fórmulas generales, como la que prevé que los seres humanos no pueden ser profanados al ser tratados por el poder estatal como un simple objeto, establecen las directrices que sirven para determinar los casos en los que se da una violación de la dignidad humana. El ser humano no es raras veces un simple objeto de las circunstancias y del desarrollo social, sino también del derecho, en la medida en que sin tener en cuenta sus intereses, debe adherirse a éste. La violación de la dignidad humana no se da por esta sola razón. Se debe añadir el hecho de que la persona haya sido sometida a un trato que cuestiona principalmente su calidad de sujeto, o que en el tratamiento dado en un caso concreto exista una desvalorización arbitraria de la dignidad humana. El trato que afecta la dignidad humana, otorgado por el poder público al ser humano en cumplimiento de la ley, debe ser considerado como una minusvalorización de las garantías de que goza el ser humano en virtud de ser persona, y en ese sentido tiene también el carácter de un ‘trato abyect’¹¹⁴.

2.c. El principio *pro homine*

Dentro de los principios interpretativos que establece el derecho internacional de los derechos humanos, destaca el principio *pro homine*. Sobre dicho principio dice Mónica Pinto:

Es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o la interpretación más restrictiva cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre¹¹⁵.

Este principio encuentra expresión en el artículo 29, inciso b) de la CADH, de acuerdo con el cual ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de: “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con

113 Cf. Schwabe (2003, p. 35).

114 Cf. Schwabe (2003, p. 17).

115 Pinto (1998, p. 163).

las leyes de cualquiera de los Estados Partes, o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

Resulta así que las normas establecidas en las convenciones de derechos humanos suponen estándares mínimos, susceptibles de ser ampliados por otras convenciones o bien por la legislación interna¹¹⁶.

El principio *pro homine* se encuentra previsto en el artículo 17 de la Constitución de Panamá, que dispone:

(...) Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.

2.d. Derechos fundamentales y derechos humanos

En ocasiones se utiliza el término derechos humanos fundamentales, para caracterizar los derechos humanos que se consideran como de más relevancia, o bien los derechos humanos que no se pueden suspender ni siquiera bajo un estado de excepción¹¹⁷.

Sin embargo, dentro de las concepciones del Derecho Constitucional se hace referencia a los derechos fundamentales en un sentido diferente, diferenciándolos de los derechos humanos.

Podríamos decir que se considera como derechos humanos aquellos derechos reconocidos como tales por el derecho internacional de los derechos humanos, mientras que los derechos fundamentales son los garantizados por un estado determinado¹¹⁸.

Así el Estado, al receptar normas del derecho internacional de los derechos humanos como aplicables al mismo, llega a convertir los derechos establecidos en el ordenamiento interno, en derechos fundamentales.

Señala Gregorio Peces Barba:

Las exigencias necesarias para que la filosofía de los derechos humanos se convierta en derecho positivo vigente en un país determinado son los siguientes: 1. Que una

116 Relacionado con la consideración del principio *pro homine* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es importante mencionar la opinión separada del juez Rodolfo Piza Escalante en la opinión consultiva OC-T, dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativa a la colegiación obligatoria de los periodistas (No. 12). Igualmente el voto separado del juez Rodolfo Piza Escalante, relativo a la opinión consultiva OC-U, concerniente a la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (No. 36).

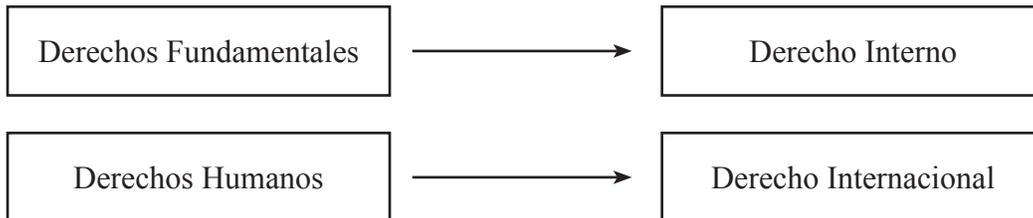
117 Cf. Faúndez Ledesma (2004, pp. 4-5).

118 Peces Barba (1986, p. 63).

norma jurídica positiva los reconozca (normalmente con rango constitucional o de ley ordinaria). 2. Que de dicha norma derive la posibilidad para los sujetos de derecho de atribuirse como facultad, como derecho subjetivo, ese derecho fundamental. 3. Que las infracciones de esas normas, y por lo tanto el desconocimiento de los derechos subjetivos que derivan de ellas, legitime a los titulares ofendidos para pretender de los tribunales de justicia el restablecimiento de la situación y la protección del derecho subjetivo, utilizando si fuera necesario para ello el aparato coactivo del Estado. Solamente en este caso estaremos ante la plenitud de un derecho fundamental.

Se trata de dos visiones desde perspectivas diversas, los derechos humanos luego de ser incorporados al derecho interno desde la perspectiva del mismo se denominan derechos fundamentales. Por otra parte el concepto de derechos humanos es un concepto que se reserva cuando se parte de los derechos desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos.

En otras palabras, los derechos fundamentales son considerados a partir del derecho interno de un estado, mientras que los derechos humanos se consideran a partir del derecho internacional.



En un Estado de Derecho, incluso, los derechos fundamentales deberían tener un ámbito mayor que los derechos humanos, ya que deberían ir adelante en cuanto al reconocimiento de derechos que aún no han sido admitidos como tales por el derecho internacional de los derechos humanos, lo cual da como resultado que la lista de unos y otros nunca puede estimarse como cerrada.

Ejercicio de evaluación

Identifique los derechos fundamentales que se encuentran consagrados en la Constitución Panameña

3. Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos

La fuente de obligaciones del derecho internacional público, y dentro de éste del derecho internacional de los derechos humanos, son, por antonomasia, los Tratados Internacionales, que son convenios bilaterales o multilaterales entre Estados u organizaciones internacionales.

Sobre ello el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, señala que la misma debe aplicar:

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establezcan reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59 (...)¹¹⁹.

De gran importancia para la interpretación de los tratados es la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales. De hecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos con frecuencia acude a dicha convención para precisar aspectos relacionados con las obligaciones contraídas por los estados en el sistema interamericano de derechos humanos.

Dentro del derecho internacional público se utilizan una serie de términos para denominar a las convenciones internacionales, tales como tratados, convenciones internacionales, etc., los que deben ser considerados como sinónimos. Se usa también el término protocolo, que hace referencia a un tratado internacional que llega a complementar otro tratado, el cual tiene, en definitiva, el mismo valor que este.

Sin embargo, el derecho internacional de los derechos humanos ha tenido un gran desarrollo a través de diversas Declaraciones, Directrices, Principios y Códigos de Conducta de Derechos Humanos, y se puede decir que llegan a adelantarse a los Tratados Internacionales en cuanto a la regulación de derechos humanos, de modo que estos últimos han llegado a admitir derechos que anteriormente habían sido contemplados a través de una declaración¹²⁰.

Dentro de las Declaraciones de Derechos Humanos destacan la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ambas aprobadas en 1948.

Ha existido una gran discusión con respecto al valor jurídico de la **Declaración Universal de Derechos Humanos**. Al momento de ser aprobada no fue concebida como un instrumento de carácter obligatorio¹²¹, sino como un valor moral, habiendo sido aprobada por la Asamblea General de la ONU, órgano que no tiene, en principio, competencia legislativa y

119 Véase el texto del estatuto en: Soto Harrison (1997, pp. 167-191).

120 Al respecto: Villán Durán (2002, p. 232).

121 Véase: Verdross (1980, p. 543), Kelsen (1965, pp. 124-125), Pinto (1999, p. 34). Al respecto, dice Ignatieff: *“En realidad los Estados que firmaron la Declaración Universal nunca creyeron que constreñiría su conducta. Después de todo, carecía de un mecanismo para su aplicación. Se trataba de una mera declaración, y no de un tratado estatal o una convención que requiriese una ratificación nacional”*. Ignatieff: 2003, p. 34.

sólo puede hacer recomendaciones¹²². Sin embargo, se discute si con el transcurso del tiempo ha ido cambiando de carácter, debiéndose estimar como de acatamiento obligatorio, en cuanto se pudiera estimar como expresión de una costumbre internacional.

Es importante anotar que la costumbre es la fuente más antigua del derecho internacional público, que requiere el consenso de la comunidad internacional, la que estime una norma determinada como obligatoria¹²³.

A favor del carácter obligatorio de la Declaración Universal de Derechos Humanos, como expresión de una costumbre internacional, se argumenta que fue reconocido por la Proclamación de Teherán, dada por la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de 1968¹²⁴, que señaló:

2. La Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional.¹²⁵

A pesar de ello, una proclamación similar a la de Teherán no se hizo en la Declaración y Programa de Acción de Viena del 25 de junio de 1993, aprobada por consenso en la segunda Conferencia Internacional de Derechos Humanos, celebrada en Viena. En la misma se indicó:

Destacando que la Declaración Universal de Derechos Humanos, que constituye una meta común para todos los pueblos y todas las naciones, es fuente de inspiración y ha sido la base en que se han fundado las Naciones Unidas para fijar las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos (...) ¹²⁶

La falta de reiteración de la obligatoriedad de la Declaración Universal de Derechos Humanos, tal y como se había establecido en la Declaración de Teherán, hace dudar que

122 El haberle dado el nombre de declaración, sin embargo, tiene relevancia, ya que en el lenguaje de la ONU dicho término se utiliza solamente en casos muy especiales, de gran importancia, siendo en definitiva un instrumento formal y solemne, a diferencia de una recomendación, que tiene un carácter menos formal. Así: Oraá, Gómez Isa (2002, pp. 99-100).

123 El art. 38, inciso 1 b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece como fuente por aplicar *la costumbre internacional como prueba de una práctica aceptada por derecho*. Véase el Estatuto en: Soto Harrison (1997, p. 181).

124 Cf. Villán Durán (1989, p. 21), véase también: O' Donnell (1988, p. 16), Tiedemann (1963, pp. 69-70), Gros Espiell, H. (1988, p. 21, 288-290). Sobre la discusión acerca del carácter jurídico obligatorio de la declaración universal de 1948: Guradze (1956, pp. 127-132).

125 Véase el texto de dicha Declaración en: Pacheco (Editor) (1987, pp. 184-188).

126 Citada por: Villán Durán (2002, p. 229).

dicha declaración pueda, en su totalidad, ser considerada como expresión de una costumbre internacional, de modo que es de carácter obligatorio¹²⁷.

Más bien, la tendencia es a establecer diversas categorías de los derechos humanos. Así se ha llegado a distinguir entre un núcleo duro de los derechos humanos previstos en la Declaración Universal, llamado también de los derechos humanos fundamentales, y el resto de los derechos humanos, de modo que el primero sí habría llegado a considerarse como expresión de una costumbre internacional, mientras que el segundo aún no ha adquirido ese carácter¹²⁸.

Ejemplos de derechos humanos fundamentales establecidos en la Declaración Universal serían la prohibición de la privación arbitraria de la vida, la prohibición de la tortura, de la esclavitud y de la servidumbre, lo mismo que la prohibición de la discriminación. Igualmente deben considerarse las detenciones arbitrarias y la garantía mínima de un juicio justo (garantía del derecho de defensa, presunción de inocencia e imparcialidad del juzgador)¹²⁹.

En relación con esto, es importante mencionar lo indicado por el Comité de Derechos Humanos de la *International Law Association*, que rindió un informe en la Conferencia de Buenos Aires, llevada a cabo en 1994. De acuerdo con dicho Comité, según lo indican Jaime Oraá y Felipe Gómez Isa, serían normas vinculantes para todos los estados de la comunidad internacional como parte del derecho consuetudinario:

127 Indica Villán Durán que la Declaración de Viena, a diferencia de la Declaración de Teherán, no se pronunció sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos, lo que significa que en 1993 los Estados no lograron alcanzar el consenso necesario para revalidar el valor jurídico imperativo de dicha Declaración, al menos en los términos expresados en la Declaración de Teherán. Cf. Villán (2001, p. 57).

128 Así: Villán Durán (2002, pp. 223-232), Villán (2001, pp. 60-61). En sentido similar: Nikken (1989, pp. 80-81), Tomuschat (1992, p. 8). En contra del carácter obligatorio de la declaración universal de derechos del hombre: Maunz, Zippelius (1991, Par. 18 II 3, p. 143), Hesse (1990, Par. 9 I, p. 111), Kimminich (1993, pp. 358-359), Schaber (1994, p. 57).

129 Al respecto Villán Durán menciona: “*Los derechos a la vida e integridad de las personas, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la irretroactividad de la ley penal y las libertades del pensamiento, conciencia y religión, sí como el principio de no discriminación gozan de una aceptación generalizada. Por tanto, son obligatorios para todos los Estados miembros de la comunidad internacional a título de principios generales del Derecho o de normas consuetudinarias internacionales, con independencia de que los Estados sean Partes o no de algún tratado internacional de derechos humanos. Agrega: En cambio, otros derechos consagrados en la DUDH tales como el derecho a la nacionalidad, la libertad de circulación, el derecho de propiedad o el derecho a buscar asilo, no se han concretado todavía en ulteriores instrumentos internacionales que precisen su contenido, ya que los Estados no han mostrado la voluntad política necesaria para concertar sus obligaciones internacionales en esas materias. En estos casos, es evidente, que se trata de simples pautas jurídicas que se ofrecen a los Estados miembros, pero en modo alguno obligatorias*”. Villán: 2001, pp. 60-61. Por su parte, Antonio Blanc señala como parte del núcleo duro de los derechos humanos o derechos humanos fundamentales el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y malos tratos o penas inhumanas o degradantes, la prohibición de la esclavitud o servidumbre, y el derecho a las garantías jurídicas y procesales mínimas e indispensables. Blanc (2001, p. 28). Véase también: Nikken (1989, p. 80).

1. Las contenidas en los artículos 1, 2 y 7, que expresan el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación en el goce de los derechos (...). Así a las mujeres muchas veces se les impide ejercer sus derechos en plena igualdad con los hombres; distinciones basadas en creencias políticas y religiosas se encuentran en bastantes constituciones; y una efectiva garantía de los derechos de los ricos y los pobres es a menudo muy diferente. La discriminación por motivos de raza es aceptada por toda la doctrina como prohibida por el derecho internacional e incluso declarada como norma de ‘ius cogens’. 2. Las garantías del artículo 3 (derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad) están formuladas de manera muy general como para constituir un standard útil y operativo; sin embargo, la protección del derecho a la vida ha sido citado siempre como una de las normas de derecho internacional consuetudinario; de tal modo que la práctica de los asesinatos, desapariciones, y la privación arbitraria de la vida, han sido condenadas universalmente como violaciones al derecho a la vida. 3. La prohibición de la esclavitud (art. 4), la prohibición de la tortura, la prohibición de las detenciones arbitrarias prolongadas (art. 9), el derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad (art. 6), el derecho a un juicio justo (arts. 10 y 11), el derecho a contraer matrimonio (art. 16), también entrarían dentro de las normas consuetudinarias¹³⁰ [sic].

En lo atinente a la **Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre**, la tendencia es admitir su obligatoriedad. Se dice que la Declaración fue aprobada como una mera recomendación, sin fuerza obligatoria formal¹³¹. A pesar de ello, es admitido por la doctrina que la Declaración Americana adquirió un carácter obligatorio y con ello vinculante¹³².

Con la incorporación de la Comisión Interamericana, que había sido creada en 1959, como órgano permanente de la OEA en 1967, al modificarse la Carta de la misma, se estima, en general, que indirectamente se incorporó la Declaración a la Carta, partiendo de las funciones que tenía asignada la Comisión de velar por el cumplimiento de la Declaración.

El carácter obligatorio de la Declaración fue ratificado por la CADH, no solamente por la referencia a la misma en el preámbulo, sino por lo establecido en el artículo 29, inciso d) de la CADH, que establece que ninguna disposición de la 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”.

130 Oraá, Gómez Isa (2002, pp. 115-116).

131 Nikken (1989, p. 82). En sentido contrario: Sancinetti, Ferrante (1999, p.390), quienes indican que “*La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre ya desde su nacimiento contó con un incuestionable valor en tanto fuente de obligaciones jurídico internacionales*”.

132 Así: Salvioli (1996, p. 240), Nikken (1989, pp. 84-85), Pinto (1999, pp. 37-40).

A través de dicha norma se está atribuyendo carácter obligatorio a la declaración, puesto que con base en ella pueden reclamarse mayores derechos que los establecidos en la convención¹³³.

Por otro lado, es importante anotar que en el sistema interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede recibir quejas con base en la Declaración Americana, en contra de Estados que no hayan suscrito la CADH, lo cual hace que existan dos regímenes: uno basado en la Carta de la OEA y la Declaración Americana cuyo órgano de protección es la Comisión, y otro fundado en la CADH, en el que operan como órganos la Comisión y la Corte Interamericana¹³⁴.

En este sentido sobre el valor jurídico obligatorio de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-10/109 del 4 de julio de 1989 (No. 39-47).

Por otra parte en el derecho internacional de los derechos humanos se encuentran una serie de **instrumentos adicionales**, entre los cuales están diversas resoluciones aprobadas por la Asamblea General de la ONU. En particular destacan diversas reglas mínimas, directrices, principios y declaraciones, las que no tienen, en principio un carácter obligatorio, sino que se trata de meras recomendaciones, aunque pueden llegar a ser obligatorias si su aceptación generalizada por los Estados lleva a que puedan ser catalogadas como parte del Derecho consuetudinario¹³⁵.

Lo anterior, ya que la Carta de las Naciones Unidas, en principio, no le concedió facultades legislativas al respecto¹³⁶.

Además, entre las fuentes del derecho que son aplicadas por la Corte Internacional de Justicia, no se señalaron en el artículo 38 del Estatuto de dicha Corte las resoluciones y decla-

133 En otro sentido, dice Thomas Buergenthal que duda que pueda darse una interpretación tan amplia al art. 29 d) como para considerar que los derechos establecidos en la declaración quedan incorporados en la CADH. Sin embargo, –dice– al menos la convención acepta que la Declaración puede tener carácter normativo. Cf. Buergenthal, 1989, p. 116.

134 Cf. Nikken (1989, p. 96).

135 Cf. Villán Durán (2002, p. 124. Véase también: pp. 210, 221, 232). En sentido similar: Podestá, Ruda (1979, T. I, p. 22), Ipsen (1990, Par. 16, No. 23, p. 197), Verdross, Simma (1984, Par. 634-639, pp.405-412), Verdross (1980, p. 498), Bovino (1998, p. 432). Gregorio Peces Barba no incluye los instrumentos internacionales no convencionales como fuente de derecho positivo, ni siquiera la Declaración Universal de los Derechos Humanos ni la Declaración Americana. Cf. Peces-Barba (1986, pp. 157-160).

136 En especial es importante el artículo 13, inciso 1 b) de la Carta de la ONU, en el que se dice: “*La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: (...) b) fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (...)*”.

raciones emitidas por la Asamblea General de la ONU¹³⁷. Sin embargo, dichos instrumentos internacionales no convencionales pueden tener una gran importancia para la interpretación de las Convenciones Internacionales, por cuanto, en general, presentan un desarrollo con aspectos más concretos que los establecidos en esas convenciones. Se debe resaltar que con frecuencia acude a esos instrumentos la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos para precisar un determinado derecho humano¹³⁸. Incluso, se puede afirmar que los instrumentos internacionales no convencionales constituyen con frecuencia una vía anticipada de regulación de lo que será previsto luego a través del Tratado Internacional¹³⁹.

Ejercicios de evaluación

- 1) Transcriba las normas de carácter obligatorio de la Declaración Universal de Derechos Humanos.
- 2) Identifique las menciones de la opinión consultiva OC-10/109 del 4 de julio de 1989 (No. 39-47) sobre la obligatoriedad de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

4. La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos como derecho interno

4.a. La autoejecutividad (carácter *self-executing*) de derechos reconocidos como obligatorios por el derecho internacional de los derechos humanos

Una de las discusiones con respecto a las convenciones de derechos humanos es si las mismas tienen un carácter auto-ejecutivo, de modo que puedan ser invocadas como derecho aplicable por los tribunales en los estados que las lleguen a ratificar; sin necesidad de que el estado apruebe una normativa legislativa que llegue a desarrollar lo establecido en la convención.

137 Sobre dicho artículo: Soto Harrison (1997, pp. 181-182).

138 Señala Alberto Bovino: *Las disposiciones de este tipo de instrumentos pueden, de hecho, resultar exigibles para los Estados, esto sucede, por ejemplo, cuando tales disposiciones son utilizadas por los órganos internacionales de protección como criterios de interpretación de las obligaciones y deberes impuestas en instrumentos de carácter vinculante. De esta manera, estas disposiciones determinan, en la práctica, el alcance, significado y contenido de las cláusulas de los instrumentos internacionales que si revisten carácter obligatorio para el Estado* (Bovino: 1998, pp. 432-433).

139 En este sentido indica Mónica Pinto: *Cronológicamente, primero se consagran los derechos y luego su sistema de control. De este modo, luego de la etapa de declaraciones internacionales de derechos, se adoptan los tratados, obligatorios para las partes, que, además, establecen su propio sistema de protección* (Pinto: 1999, p. 119).

Se trata de una discusión que se ha dado en el ámbito latinoamericano, en particular en cuanto a la normativa de la CADH, pero puede aplicarse también en lo relativo al PIDCP y otros tratados internacionales.

La normativa de la Convención Americana de derechos humanos (CADH) sobre la obligatoriedad de su cumplimiento

El artículo 1 de la CADH indica:

Obligación de respetar los derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. (...)

El artículo 2 de la Convención dice:

Deber de Adoptar disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1o. no estuviera 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.

La doctrina, en general, admite el carácter autoejecutivo como regla en la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Con frecuencia cita la doctrina latinoamericana lo indicado por Eduardo Jiménez Aréchaga, quien señaló:

Se requieren dos condiciones para que una norma sea auto-ejecutiva: primero, debe ser una norma de la cual sea posible derivar en forma directa un derecho o una pretensión en favor de un individuo que tenga un interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso y que comparece ante el juez o el administrador solicitando esa aplicación; en segundo lugar, la regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o a medidas administrativas subsiguientes¹⁴⁰.

Agrega:

La existencia en un tratado de una disposición ejecutable por sí misma ('self executing') depende fundamentalmente de la intención de las Partes Contratantes. Tal norma

140 Jiménez de Aréchaga (1988, p. 34).

existe cuando las Partes han tenido la intención de conceder un derecho definido y exigible al individuo que solicita ante el Juez la aplicación de esa norma en su favor¹⁴¹.

Dice, además, que la regla es que una disposición de un tratado es ejecutable por sí misma, salvo que contenga una estipulación expresa de la necesidad de ejecución a través de una ley o pertenezca, por su naturaleza, a tratados a los que no se les puede dar un carácter autoejecutivo¹⁴². Indica que la materia relativa a los derechos humanos se presta a ser autoejecutable, lo que no significa que todas las normas de un tratado de derechos humanos lo sean. Dice que, por ejemplo, los artículos 13 (5), 17 (4), 19 y 21 (3) establecen expresamente la necesidad del dictado de una ley o de medidas complementarias¹⁴³.

La Corte Interamericana se pronunció acerca de dicha tesis, ello al emitir la opinión consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, que se refirió a la exigibilidad del derecho de rectificación y respuesta, solicitada precisamente por el gobierno de Costa Rica. Dijo la Corte:

28. El hecho de que los Estados Partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquellos han contraído según el artículo 1.1, que establece el compromiso de los propios Estados Partes de ‘respetar los derechos y libertades’ reconocidos en la Convención y de ‘garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...’. En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por ‘toda persona’ sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección por ella previstos.

29. Esta conclusión se refuerza con lo prescrito por el artículo 2 de la Convención, que dispone: Si 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.

30. Este artículo, que es el implicado en la segunda pregunta, recoge una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole. En el contexto de la Convención esta conclusión concuerda con el artículo 43 que dice: Los Estados Partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que esta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención.

141 Jiménez de Aréchaga (1988, p. 34).

142 Jiménez de Aréchaga (1988, p. 35).

143 Jiménez de Aréchaga (1988, p. 38).

En su criterio separado a dicha opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el juez Rodolfo Piza Escalante enfatizó ese carácter autoejecutivo de la CADH. Manifestó:

25. Todo esto, unido a las exigencias mismas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, hace que la obligación de respetarlos y garantizarlos, establecida en el artículo 1.1, sea la verdaderamente esencial al sistema de la Convención, y que se entienda precisamente como un deber inmediato e incondicional de los Estados, resultante directamente de la propia Convención: la noción misma de una protección de carácter internacional, aunque sea solo coadyuvante o subsidiaria de la del derecho interno, requiere que los Estados se comprometan inmediatamente a respetarlos y garantizarlos, como una obligación de carácter internacional, por encima de las vicisitudes de sus ordenamientos internos.

26. En cambio, el deber de dictar las medidas necesarias para garantizar plenamente la eficacia de tales derechos en el orden interno, a que se refiere el artículo 2, no puede ser entendido, en el sistema de la Convención, como mera repetición del ya establecido en el artículo 1.1, porque esto equivaldría a vaciar de sentido este último, ni tampoco como equivalente del simple deber genérico de darle eficacia en el orden interno, propio de toda obligación internacional, porque entonces habría sido innecesario consagrarlo por parte del mismo artículo 1.1, y quizás hasta innecesario del todo. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no contiene ninguna disposición semejante a la del artículo 2 de la Convención Americana, y sin embargo nadie podría suponer, ante esa ausencia, que la misma obligación no existiera para sus Estados Partes.

Agregó luego, en relación con el artículo 2 de la CADH:

27. Por el contrario, las incidencias de la inclusión de esta norma en la Convención demuestran, a mi juicio con toda claridad, que tiene en ella un carácter marginal, para los supuestos en que el artículo 1.1 resulte inoperante o, al menos, insuficiente, pero no por limitaciones propias del derecho interno, que implicarían violaciones del propio artículo 1.1, sino en virtud de que determinados derechos -no todos- necesitan en sí mismos de normas o medidas complementarias de orden interno para ser exigibles de manera inmediata e incondicional. Dicho de otra manera: tratándose de derechos reconocidos por la Convención de manera inmediata e incondicional, basta con el deber de los Estados Partes de respetarlos y garantizarlos, de conformidad con el artículo 1.1, para que sean plenamente exigibles frente a esos Estados de la misma manera inmediata e incondicional, por lo menos como derechos de la Convención, que es lo único sobre lo cual la Corte ejerce su jurisdicción. Lo que ocurre es que algunos derechos, de conformidad con su naturaleza o con la propia Convención, carecen de esa virtualidad sin que normas u otras medidas complementarias permitan tenerlos por plenamente exigibles, como ocurre, por ejemplo, con los políticos (art. 23) o con los de protección judicial (art. 25), que no pueden tener eficacia simplemente en virtud de las normas que los consagran, porque son por su misma naturaleza inoperantes sin

toda una detallada regulación normativa e, incluso, sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les dé la eficacia que reclaman, como derechos de la propia Convención, es decir, en el plano internacional, y no solo como cuestión del orden interno de cada Estado: si no hay códigos o leyes electorales, registros de electores, partidos políticos, medios de propaganda y movilización, centros de votación, juntas electorales, fechas y plazos para el ejercicio del sufragio, este sencillamente no se puede ejercer, por su misma naturaleza; de igual manera que no puede ejercerse el derecho a la protección judicial sin que existan los tribunales que la otorguen y las normas procesales que la disciplinen y hagan posible.

28. Es por esto también que, sabiamente, el artículo 2 se refiere, no solo a disposiciones normativas, sino también a ‘medidas de otro carácter’, en las cuales se engloban claramente las institucionales, económicas y humanas citadas. Pero no las administrativas o jurisdiccionales como tales, porque estas simplemente constituyen aplicación de las anteriores y, en tal sentido, se enmarcan dentro de los deberes de respeto y garantía del artículo 1.1, no dentro de los del artículo 2 - aún en los Estados de jurisprudencia vinculante, como los del sistema del common law, porque es obvio que en estos lo que crea derecho general no es el acto jurisdiccional sino la potestad normativa de los tribunales, decantada en sus precedentes[sic].

Indicó, además, rechazando la posición en contra de la postura de la delegación de los Estados Unidos en la Conferencia de San José:

33. Independientemente de la validez que esa interpretación o una reserva de ese tenor pudieren tener en el caso concreto de los Estados Unidos de América -cuya determinación excedería de los límites de la presente consulta-, no parece aceptable como tesis general, ni fue de hecho lo que motivó la inclusión del artículo 2 en la Convención. Por el contrario, considero que, de acuerdo con esta, los Estados que no reconozcan la automática recepción del derecho internacional en su ordenamiento interno, están obligados a incorporar los derechos reconocidos en aquella, en su totalidad, en virtud de su deber de respetarlos y garantizarlos de conformidad con el artículo 1.1, no del de desarrollarlos en su derecho interno establecido en el artículo 2.

Por su parte, el juez Héctor Gros Espiell, al emitir su opinión separada a la referida opinión consultiva, citó también la relación entre los artículos 1 y 2, al indicar que este último establece simplemente una obligación adicional del estado. Señaló refiriéndose al artículo 2 de la Convención:

6 (...) Es evidente que este artículo de la Convención impone el deber a los Estados Partes de adoptar las medidas requeridas para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por la Convención. El ser de estos derechos no está condicionado a la existencia de normas pertinentes en el derecho interno de los Estados Partes. Pero estos Estados se hallan obligados a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter, si no existieran ya, para hacer ‘efectivos’ tales derechos y libertades. Se trata de una obligación adicional, que se suma a la impuesta por el artículo 1 de la Convención dirigida a hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos y libertades

que la Convención reconoce. Por eso es que la obligación que resulta del artículo 2, complementa, pero de ninguna manera sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del artículo 1. Como se dijo cuando se propuso la inclusión del actual artículo 2 en el Proyecto de Convención, en las observaciones del Gobierno de Chile al Proyecto de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos:

La argumentación de que la inclusión de esta cláusula en la Convención Interamericana podría justificar la alegación de un Estado en el sentido de no estar obligado a respetar uno o más derechos no contemplados en su legislación interna, no se sostiene dentro de los términos del proyecto; y menos aún si su alcance queda expresamente establecido durante la Conferencia (Actas y Documentos, supra 4, pág. 38).

El artículo 2 de la Convención, aparece en el proceso de elaboración de este instrumento en su última etapa, ya que no se halla en los proyectos iniciales ni en el elaborado finalmente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ello fue la consecuencia de que originalmente se pensó, con razón, que un compromiso del tipo del referido en el actual artículo 2 existe naturalmente por aplicación del Derecho Internacional, como consecuencia lógica de las obligaciones que derivan de un tratado internacional. Por eso es que, cuando se propuso su inclusión, se aclaró que su único sentido era clarificar y precisar, haciendo más determinante, inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de tal obligación, pero sin que ello signifique alterar o desconocer el deber esencial que resulta del artículo 1. Sin esta interpretación lógica de por qué se incluyó este artículo 2 en la Convención, ello carecería de sentido. Es más, conduciría al resultado irracional y absurdo de que el artículo 1 sería inaplicable si no se dictaran las medidas a que se refiere el artículo 2. Y esta conclusión es inadmisibles, porque paralizaría todo el sistema aceptable de aplicación de la Convención y quitaría prácticamente efecto, con respecto a las personas humanas protegidas, a la obligación esencial que resulta para los Estados Partes del artículo 1 de la Convención. Al respecto no puede olvidarse que la fuente del artículo 2 de la Convención Americana es el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, que tanto por su ubicación como por su letra, constituye, evidentemente, un complemento de la obligación esencial impuesta por el párrafo 1 de dicho artículo 2. En cambio, la Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales no contiene una disposición análoga al artículo 2 de la Convención Americana o al párrafo 2 del artículo 2 del Pacto Internacional. En su artículo 1, los Estados Partes se limitan a reconocer a toda persona sometida a la jurisdicción de esos Estados los derechos y libertades definidas en su Título I. Pero este reconocimiento implica el deber de los Estados Partes de respetar y garantizar dichos derechos y de ser necesario, también, de adoptar las medidas requeridas en el derecho interno para el mejor y más adecuado cumplimiento de las obligaciones que son la consecuencia del reconocimiento de esos derechos y libertades.

En relación con el carácter autoejecutivo de la CADH, es importante también el voto disidente del juez Cançado Trindade en el caso Caballero Delgado, en la sentencia sobre reparaciones del 29 de enero de 1997, en la que dijo:

6. Es verdaderamente sorprendente, y lamentable, que, al final de cinco décadas de evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la doctrina todavía no haya examinado y desarrollado suficiente y satisfactoriamente el alcance y las consecuencias de las interrelaciones entre los deberes generales de respetar y garantizar los derechos protegidos, y de adecuar el ordenamiento jurídico interno a la normativa internacional de protección. Las pocas indicaciones existentes se encuentran en la jurisprudencia. Esta Corte empezó a considerar aquellas interrelaciones en su séptima Opinión Consultiva, de 1986, en la cual advirtió que ‘el hecho de que los Estados Partes puedan fijar las condiciones del ejercicio’ de los derechos protegidos ‘no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquellos han contraído según el artículo 1.1’ de la Convención; y agregó que tal conclusión se reforzaba con lo prescrito por el artículo 2 de la Convención.

7. Transcurrida una década desde esta ponderación de la Corte, habría que retomar la cuestión y profundizar su examen. El deber general y fundamental del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos encuentra paralelo en otros tratados de derechos de la persona humana, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1), la Convención sobre Derechos del Niño (artículos 2.1 y 38.1), las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 sobre Derecho Internacional Humanitario (artículo 1) y el Protocolo Adicional de 1977 a estas últimas (artículo 1.1). A su vez, también el deber general del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene equivalentes, en su Protocolo Adicional de 1988 en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2), en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.2), en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 1), en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (artículo 2.1) (...)

Agregó luego:

9. Las dos obligaciones generales consagradas en la Convención Americana -la de respetar y garantizar los derechos protegidos (artículo 1.1) y la de adecuar el derecho interno a la normativa internacional de protección (artículo 2)- me parecen ineluctablemente interligadas. De ahí que la violación del artículo 2 acarrea siempre, a mi modo de ver, la violación igualmente del artículo 1.1. La violación del artículo 1.1 configurase siempre que haya una violación del artículo 2. Y en casos de violación del artículo 1.1 hay una fuerte presunción de inobservancia del artículo 2, en virtud, v.g., de insuficiencias o lagunas del ordenamiento jurídico interno en cuanto a la reglamentación de las condiciones del ejercicio de los derechos protegidos. Asimismo, no hay cómo minimizar la obligación del artículo 2, una vez que esta confiere precisión a la obligación inmediata fundamental del artículo 1.1, de la cual configurase como casi un corolario. La obligación del artículo 2 requiere que se adopte la legislación necesaria para dar efectividad a las normas convencionales de protección, supliendo eventuales lagunas o insuficiencias en el derecho interno, o entonces que se alteren disposiciones legales nacionales a fin de armonizarlas con las normas convencionales de protección.

10. Como estas normas convencionales vinculan los Estados Partes -y no solamente sus Gobiernos-, también los Poderes Legislativo y Judicial, además del Ejecutivo, están obligados a tomar las providencias necesarias para dar eficacia a la Convención Americana en el plano del derecho interno. El incumplimiento de las obligaciones convencionales, como se sabe, compromete la responsabilidad internacional del Estado, por actos u omisiones, sea del Poder Ejecutivo, sea del Legislativo, sea del Judicial. En suma, las obligaciones internacionales de protección, que en su amplio alcance vinculan conjuntamente todos los poderes del Estado, comprenden las que se dirigen a cada uno de los derechos protegidos, así como las obligaciones generales adicionales de respetar y garantizar estos últimos, y de adecuar el derecho interno a las normas convencionales de protección, tomadas conjuntamente. Como sostuve también en mi Voto Disidente en el caso El Amparo (Caso El Amparo, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C No. 28), las violaciones de derechos humanos y las reparaciones de los daños de ellas resultantes deben determinarse bajo la Convención Americana teniendo presentes las obligaciones específicas relativas a cada uno de los derechos protegidos juntamente con las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. El reconocimiento de la indisociabilidad de estas dos obligaciones generales inter se constituiría un paso adelante en la evolución de la materia [sic].

La tesis estadounidense del carácter programático de la CADH

La tesis del carácter programático de la CADH ha sido sostenida por los Estados Unidos de América, la cual funda su posición en lo establecido por el artículo 2 de la CADH. Así, en el informe de la delegación de los Estados Unidos a la Conferencia de San José, en la que se aprobó la Convención, se dijo con respecto al artículo indicado: “No es la intención de los Estados Unidos interpretar los artículos del Tratado en la Parte I como siendo ejecutables por sí mismos”. En el mismo sentido, el Poder Ejecutivo de los Estados Unidos, al enviar la Convención al Senado para su ratificación, dijo:

La Convención, comienza con una disposición general sobre no discriminación (Artículo 1) y continúa con la obligación de adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para conferirle efecto a los derechos y libertades protegidos por la Convención (Artículo 2). Mientras la última disposición indica que las disposiciones sustantivas de la Convención no se aplican directamente, con el fin de evitar posibles discrepancias y con el objeto de dejar la implementación sustantiva a la jurisdicción y legislación doméstica, se recomienda la siguiente declaración. Los Estados Unidos declaran que los Artículos 1 a 32 de esta Convención no se aplican directamente, esto es no son ‘self-executing’¹⁴⁴.

144 Citado por Jiménez de Aréchaga (1988, pp. 40-41).

Debe destacarse que los Estados Unidos de América tienen una larga tradición de resistencia a la ratificación de los tratados de derechos humanos¹⁴⁵, lo que explica la cautela de la postura estadounidense con respecto a la autoejecutoriedad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La ejecutoriedad de los derechos económicos, sociales y culturales

Debe reconocerse que la posición tradicional, imperante en un pasado, destacaba el menor grado de protección que reciben los derechos económicos, sociales y culturales, que los derechos civiles y políticos. Ello se veía de la comparación entre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobados ambos en el ámbito de la ONU en 1966. Así el artículo 2 inciso 2) del primero de ellos dice:

Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

Por su parte el artículo 2 inciso 1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, incluso en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

La concepción tradicional de los derechos económicos, sociales y culturales le asignaba un carácter meramente programático a dichas disposiciones, de modo que se consideraban como meras directivas, que eran ajenas a un derecho subjetivo, siendo en definitiva principios meramente políticos, abandonados para su reconocimiento a la discrecionalidad del legislador¹⁴⁶. Otra posición, no muy distante a ésta, califica los derechos económicos, sociales

145 Sobre ello: Kaufman/Whiteman (1989, pp. 5-10).

146 Sobre esta posición: Baldasarre (2001, p. 30). Crítica Martín Prats: “No es entonces por un tema de reconocimiento constitucional que los Derechos Humanos encuentran dificultades para ser protegidos o amparados sino que la no aplicación o mala interpretación de ciertos preceptos ha llevado a menoscabar en ocasiones la dignidad humana. En muchas ocasiones invocando razones de hecho de índole política, económicas o sociales se han justificado incumplimientos en las obligaciones constitucionales (...). La definición de muchas de las normas constitucionales que amparan derechos como programáticas ha dado lugar a que al no existir normas legales que la instrumenten sean dejadas como meros ideales a cumplir pero siempre y cuando las circunstancias lo permitan. De esa manera derechos fundamentales no son respetados en su integralidad y se justifica la actitud omisiva del Estado en tal sentido”. Prats (1997, p.

y culturales como normas de principio, que el legislador está obligado a desarrollarlas, pero que sirven a configurar la estructura del Estado y a la interpretación de las normas jurídicas¹⁴⁷. Ninguna de estas posiciones llega a reconocer un instrumento jurídico por el que se pudiera, por ejemplo, obligar al legislador a adoptar determinadas normas¹⁴⁸.

La tendencia actual es a reconocer la interdependencia que existe entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, de modo que estos últimos tienen relevancia para hacer efectivos los primeros, estando todos relacionados con la garantía del principio de dignidad de la persona humana.

En este sentido la Declaración de Teherán de 1968, proclamada por la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos de la ONU dijo:

Como los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social¹⁴⁹.

Sobre ello indica Carlos Villán Durán con acierto:

En cuanto a la indivisibilidad, es otro principio de interpretación y de realización de los derechos humanos, pues no cabe establecer una separación entre las diversas categorías de derechos, toda vez que ‘el ser humano los necesita todos’ para conseguir su realización personal y social en dignidad. De ahí que la extrema pobreza constituya una negación de los derechos humanos más elementales, pues genera una exclusión social que impide el acceso al disfrute de los derechos que son básicos para asegurar la

51). Señala más adelante que a los derechos económicos, sociales y culturales las políticas oficiales los conducen: “(...) a su consideración como meros principios programáticos y por tanto muchas veces postergables”. Sin embargo, luego en forma confusa señala: “Estos Derechos que si bien es cierto no pueden ser directamente exigibles por los particulares al existir una ausencia de vías o recursos procesales y legales correspondientes, igual obligan a los Estados, quienes no deben eludir la responsabilidad alegando la falta de recursos materiales”. Prats (1997, p. 64).

147 Acerca de esta concepción: Baldasarre (2001, pp. 30-31).

148 Cf. Baldasarre (2001, p. 319).

149 En: Pacheco (1987, p. 187). Es conocida, sin embargo, la crítica realizada por Ernst Forsthoff a la compatibilidad entre el Estado de Derecho y el Estado Social, indicando que no son compatibles en el plano constitucional, teniendo prioridad los principios de una constitución liberal, relacionados con el Estado de Derecho. Señala que debe dársele prioridad a éste, de modo que el Estado Social puede abrirse paso solamente en la medida en que sea compatible con el Estado de Derecho. Indica que cualquier intento de fusionar el Estado de Derecho con el Estado Social está destinado al fracaso. Cf. Forsthoff (1986, pp. 43-67) (se trata de un artículo publicado originalmente en Alemania en 1961), pp. 43-67; Forsthoff (1986a, pp. 70-106).

subsistencia humana en dignidad, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo¹⁵⁰.

Agrega más adelante: “Forzoso es concluir que el disfrute de las libertades individuales debe ir acompañado del disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Dicho en términos más gráficos; de poco le sirve al ser humano tener reconocido el derecho de asociación si no dispone de recursos para cubrir sus necesidades básicas de subsistencia que le permitan ejercer simultáneamente sus derechos a la alimentación, salud, educación y vivienda”¹⁵¹.

Debe agregarse que la diferenciación entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales no es fácil de hacer, existiendo derechos de muy difícil clasificación, por ejemplo el derecho de propiedad, la libertad de enseñanza y la libertad de trabajo.

Por otro lado, ya no puede admitirse la diferenciación que se hacía tradicionalmente entre ellos, en cuanto se indicaba que frente a los primeros el Estado desempeña primordialmente una función pasiva, de no interferir violentándolos, mientras que en los segundos la obligación del Estado es principalmente positiva, de hacer, brindando prestaciones a los administrados.

Se tiende hoy a defender la juridicidad de los derechos económicos, sociales y culturales¹⁵². Se dice así por Ferrajoli que ninguna mayoría puede dejar de decidir las medidas necesarias para que a una persona le sea asegurada la subsistencia y la supervivencia. Indica así que son vitales el derecho a la vivienda, al trabajo, a la enseñanza y similares¹⁵³

Tanto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, como el Comité de Derechos del Niño de la ONU, admiten la juridicidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Se ha dicho por el primero de ellos que el Estado al ratificar el Pacto

150 Villán Durán (2002, pp. 93-94).

151 Villán Durán (2002, p. 95). Sobre ello véase también: Gros Espiell (1988, pp. 324-325).

152 Cf. Ferrajoli (1995, pp. 860-866). Debe llegarse a adoptar la concepción del enfoque de derechos con respecto a los derechos de los niños y los adolescentes. Sobre dicha concepción: Esta concepción implica: 1) la acción es obligatoria, 2) las personas gozan de derechos establecidos, 3) La gente pobre tiene derecho a la ayuda como sujeto de derechos, 4) todas las personas tienen el mismo derecho a la plena realización de su potencial: se les debe ayudar para que lo logren, 5) las personas con quienes se realiza el trabajo de desarrollo son participantes activos por derecho, 6) los derechos son universales e inalienables, no se les puede diluir ni negar, 7) se deben cambiar eficazmente las estructuras de poder que obstaculizan el progreso en el cumplimiento de los derechos humanos, 8) los agentes de desarrollo deben empoderar a los sujetos de derechos para que reclamen sus derechos y participen en forma activa en la toma pública de decisiones y 9) los derechos son invisibles e interdependientes, aunque en cualquier situación se requiera priorizar desde un aspecto práctico. Esta enumeración es tomada de: Save the Children (2005, p. 31).

153 Cf. Ferrajoli (1995, pp. 865-866).

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adquiere una serie de obligaciones que se dividen en “estratos”, debiendo:

- a) respetar,
- b) proteger,
- c) promover y
- d) hacer efectivo cada uno de los derechos.

Así se requiere en primer lugar que el Estado adopte las medidas legislativas y de otro carácter (administrativas, judiciales, políticas, económicas, sociales, educacionales), que sean necesarias para el pleno goce de los derechos contemplados en el Pacto.

Se dice por el Comité que conforme al Pacto debe lograrse en forma progresiva la plena efectividad de los derechos, pero que ello en ocasiones ha sido mal interpretado, ya que no se trata que deben hacerse efectivos los derechos del Pacto, sólo una vez que un Estado haya alcanzado un nivel de desarrollo económico, sino “al contrario, el deber en cuestión obliga a todos los Estados Partes, independientemente de cuál sea su nivel de riqueza nacional, a avanzar de inmediato y lo más rápidamente posible hacia la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales”. Agrega: “La interpretación de esta cláusula nunca debe conducir a pensar que permite a los Estados aplazar indefinidamente sus esfuerzos para asegurar el goce de los derechos proclamados en el Pacto”¹⁵⁴.

Indica que aunque ciertos derechos deben prestarse para hacerse efectivos a una obligación progresiva, otros, por ejemplo la prohibición de discriminación, deben cumplirse inmediatamente¹⁵⁵. Señala además el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que la mención de que debe tratarse de hacerse efectivos los derechos hasta el máximo de los recursos de que se disponga, ha llevado con frecuencia para justificar la falta de disfrute de los derechos¹⁵⁶. Sin embargo, indica este requisito obliga a los Estados a garantizar al menos el mínimo de los derechos de subsistencia para todos, independientemente del desarrollo económico de un país determinado¹⁵⁷.

154 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (s.f.).

155 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, s.f. Sobre la obligación de progresividad y la prohibición de regresividad: Abramovich/Courtis (2004, p. 92-116).

156 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (s.f.).

157 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (s.f.) Con respecto a lo indicado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales comenta Víctor Bazán: “*La observación general No. 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (ONU) – en adelante, también, Comité de DESC – pone de manifiesto que la adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos ‘grupos’ de derechos (refiriéndose a la DESC y a los civiles y políticos) son indivisibles e interdependientes, al tiempo que ‘reduciría drásticamente la*

El Comité de Derechos del Niño de la ONU ha asumido lo indicado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de dicha organización¹⁵⁸. Ha señalado que cuando un Estado ratifica la Convención de Derechos del Niño, (que incluye derechos económicos sociales y culturales), adquiere la obligación de aplicarla¹⁵⁹, debiendo traducir en realidad los derechos humanos de los niños. Ha enfatizado que el Estado debe reconocer el derecho a invocar ante los tribunales no solamente los derechos civiles y políticos, sino también los derechos económicos, sociales y culturales¹⁶⁰. Ha agregado:

Para que los derechos cobren sentido, se debe disponer de recursos efectivos para reparar sus violaciones. Esta exigencia está implícita en la Convención, y se hace referencia a ella sistemáticamente en los otros seis principales instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos. La situación especial y dependiente de los niños les crea dificultades reales cuando los niños quieren interponer recursos por la violación de sus derechos. Por consiguiente, los Estados deben tratar particularmente de lograr que los niños y sus representantes puedan recurrir a procedimientos eficaces que tengan en cuenta las circunstancias de los niños. Ello debería incluir el suministro de información adaptada a las necesidades del niño, el asesoramiento, la promoción, incluido el apoyo a la autopromoción, y el acceso a procedimientos independientes de denuncia y a los tribunales con la asistencia letrada y de otra índole necesaria. Cuando se comprueba que se han violado los derechos, debería existir una reparación apropiada, incluyendo una indemnización, y, cuando sea necesario, la adopción de medidas para promover la recuperación física y psicológica, la rehabilitación y la reintegración, según lo dispuesto en el artículo 39.

Indica a continuación: “El Comité subraya que los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos civiles y políticos, deben poder invocarse ante los tribunales.

capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”. Bazán (2005, p. 550). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, dado el 26 de febrero de 1999, dijo: “35. La Comisión reconoce que el deber del Estado en este contexto es el de avanzar hacia la protección cabal de conformidad con sus posibilidades. De esta manera, la Convención de Derechos del Niño establece que las medidas que debe adoptar el Estado para garantizar la nutrición y la vivienda son las posibles ‘de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios’. De la misma manera en relación con los derechos económicos y sociales en general, la Convención Americana compromete a los Estados a adoptar medidas ‘para lograr progresivamente la plena efectividad’ de dichos derechos. 36. Sin embargo, la naturaleza del deber del Estado reseñada en el párrafo anterior no implica que no exista obligación concreta. De hecho, dado que los niños deben gozar de una especial protección requerida por su condición de menor; el deber de garantizarles un nivel de vida adecuado debe ser una prioridad entre los programas del Estado y el gasto público (...)”. Cf. Relatoría de la niñez CIDH/OEA (2002, p. 205).

158 Comité de Derechos del Niño (2003), p. 3.

159 Comité de Derechos del Niño (2003, p. 2).

160 Comité de Derechos del Niño (2003, p. 3).

Es esencial que en la legislación nacional se establezcan derechos lo suficientemente concretos como para que los recursos por su infracción sean efectivos”¹⁶¹.

Se agrega a ello que el principio del interés superior del niño lleva a la prioridad que deben tener para el Estado los programas para la protección de la niñez y la adolescencia, de modo que incluso podría llegarse a discutir la insuficiencia del presupuesto nacional destinado a ello¹⁶². El Comité de Derechos del Niño de la ONU ha llegado a indicar que debe existir una “visibilidad de los niños en los presupuestos”. Ha dicho que: “Ningún Estado puede decir si para dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales está adoptando medidas ‘hasta el máximo de los recursos de que disponga’, como lo dispone el artículo 4, a menos que pueda determinar la proporción de los presupuestos nacionales y de otros presupuestos que se destinan al sector social y, dentro de éste, a los niños, tanto directa como indirectamente”¹⁶³.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos al dar la opinión consultiva del 28 de agosto de 2002 sobre la condición y derechos de los niños partió de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales del niño, recogiendo los criterios arriba indicados. Allí hizo mención a la obligación estatal de realizar todas las medidas para la plena vigencia de los derechos de los niños (No. 91), señalando que el Estado para la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales debe realizar el mayor esfuerzo, ello “de manera constante y deliberada”, “evitando retrocesos y demoras injustificadas” y “asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles” (No. 81).

En definitiva, debe reconocerse que la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales da un cierto margen de apreciación a los Estados sobre la forma de implementarlos, ello a través de las diversas políticas económicas y sociales, debiendo eso sí reflejar una razonabilidad.

En este sentido dicen Víctor Abramovich y Christian Courtis:

Cabe destacar que el examen judicial no necesariamente debe centrarse sobre la conducta concreta que debe exigírsele al Estado. Cuando el Estado asume una vía de acción en el cumplimiento de la obligación de adoptar medidas de satisfacción de un derecho social, el Poder Judicial puede analizar también la elección efectuada por el Estado a partir de nociones tales como la razonabilidad, o bien de carácter adecuado o apropiado, que tampoco son ajenas a la tradición de control judicial de actos de los poderes políticos. Los jueces no sustituyen a los poderes políticos en la elección concreta de la política pública diseñada para la satisfacción del derecho, sino que examinan la idoneidad de las medidas elegidas para lograr esa satisfacción. Aunque el

161 Comité de Derechos del Niño (2003, p. 9).

162 Comité de Derechos del Niño (2003, p. 3).

163 Comité de Derechos del Niño (2003, p. 15).

margen que tiene el Estado para adoptar decisiones es amplio, aspectos tales como la exclusión de ciertos grupos que requieren especial protección, la notoria deficiencia de la cobertura de las necesidades mínimas definidas por el contenido del derecho o el empeoramiento de las condiciones de goce de un derecho son pasibles de control judicial en términos de razonabilidad o de estándares similares. *Abramovich/Courtis (2004, p. 126)*.

Este margen es propio del sistema democrático¹⁶⁴. Es decir con respecto a los medios para la garantía de dichos derechos, se permite con frecuencia un ámbito discrecional, aunque está reglado el fin al que debe dirigirse la política estatal, esto es a la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales¹⁶⁵, de modo que, como se dijo antes, se llegue a garantizar un nivel esencial de los derechos¹⁶⁶, debiéndose llegar en forma progresiva a la plena efectividad de los derechos reconocidos¹⁶⁷.

Sobre los recursos que se deben establecer en los derechos económicos, sociales y culturales para garantizar el acceso a la justicia, ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

28. El artículo 25 de la Convención establece el deber estatal de crear un recurso sencillo, rápido y efectivo para la protección y garantía de los derechos humanos. Así, los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, han comenzado a delinear estándares en relación con los alcances de tal obligación en materia de derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, tanto la CIDH como la Corte IDH han identificado la necesidad de proveer medidas procesales que permitan el resguardo inmediato e incluso cautelar y preventivo de los derechos sociales, a pesar de que el fondo de la cuestión puede llegar a demandar un análisis más prolongado de tiempo.

29. La Comisión Interamericana ha identificado determinadas características esenciales con las que estas medidas deben contar para ser consideradas idóneas a la luz de la Convención Americana. Así, ha postulado que debe tratarse de recursos sencillos, urgentes, informales, accesibles y tramitados por órganos independientes, que deben poder tramitarse como recursos individuales o como acciones cautelares colectivas a fin de resguardar los derechos de un grupo determinado o determinable; que debe garantizarse una legitimación activa amplia a su respecto; que deben ostentar la posibilidad de acceder a instancias nacionales ante el temor de parcialidad en el actuar

164 Señala, sin embargo, con razón el Comité de Derechos del Niño: “*El Comité, subrayando que las políticas económicas no son nunca neutrales en sus consecuencias sobre los derechos del niño, expresa su profunda preocupación por los frecuentes efectos negativos que tienen sobre los niños los programas de ajuste estructural y la transición a una economía de mercado*”. Comité de Derechos del Niño (2003, pp. 15-16).

165 Cf. Gialdino (2002, p. 143).

166 Cf. Gialdino (2002, p. 136).

167 Cf. Gialdino (2002, p. 135).

de la justicia local y, por último que debe preverse la aplicación de estas medidas de protección en consulta con los afectados¹⁶⁸.

4.b. La prioridad de la protección de los derechos humanos a través de la jurisdicción interna

En general, un principio del que parten los instrumentos internacionales sobre derechos humanos es la aplicación prioritaria que debe darse de los mismos por la jurisdicción interna, de modo que los mecanismos de control de la violación de dichos instrumentos, establecidos por la comunidad internacional, operan solamente con un carácter subsidiario

En ese sentido, la Declaración de la ONU sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidas indica, en su artículo 3:

El derecho interno, en cuanto concuerda con la Carta de las Naciones Unidas y otras obligaciones internacionales del Estado en la esfera de los derechos humanos y las libertades fundamentales, es el marco jurídico en el cual se deben materializar y ejercer los derechos humanos y las libertades fundamentales y en el cual deben llevarse a cabo todas las actividades a que se hace referencia en la presente Declaración para la promoción, protección y realización efectiva de esos derechos y libertades.

Sobre la prioridad de la aplicación interna, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo, en la sentencia del 29 de julio de 1988, relativa al caso Velásquez Rodríguez:

61. La regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser esta ‘coadyuvante o complementaria’ de la interna (Convención Americana, Preámbulo).

Como consecuencia de esto, en el derecho internacional de los derechos humanos, es necesaria la necesidad de agotar los recursos internos antes de acudir a un órgano internacional de protección de los derechos humanos¹⁶⁹.

La CADH, lo mismo que otros instrumentos internacionales de derechos humanos, debe ser aplicada en primer término por los órganos internos del Estado, dentro de los cuales tienen un papel relevante los órganos jurisdiccionales del mismo, especialmente cuando ha ocurrido una violación de los derechos humanos. Al respecto, es importante lo indicado por Juan Méndez:

168 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007, pp. 5-6).

169 Sobre el agotamiento de los recursos internos: Navia (1993, pp. 62-66), Piza, Rodolfo/Trejos, G. (1989, pp. 267-280).

Una obligación internacional puede cumplirse de varias maneras y por vía de diversos poderes del Estado. Al derecho internacional le es indiferente que esa obligación se cumpla por vía administrativa, judicial o del Poder Legislativo, de la misma manera que la división de poderes sería inoponible a la comunidad como causal de incumplimiento de una obligación solemnemente contraída por ella (...). Sin embargo, ante un incumplimiento, ya sea total o parcial, es a la justicia a quien corresponderá arbitrar los medios para garantizar el goce del derecho, tanto porque en derecho interno el Poder Judicial es garante final de los derechos de las personas, como porque es el estamento judicial al que compete la responsabilidad por la incorporación de las normas internacionales al derecho interno¹⁷⁰.

Lo anterior se refleja en el artículo 46, inciso 1 a) de la CADH, al disponer que para que una petición o comunicación sea admitida por la Comisión, se requiere: “que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”.

Por su parte, el inciso 2) del artículo 46 de la CADH indica que las disposiciones del inciso 1) no se aplicarán cuando:

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

Señaló la Corte Interamericana en la opinión consultiva OC-11 del 10 de agosto de 1990, correspondiente a las excepciones al agotamiento de los recursos internos:

17. El artículo 46.2.a se refiere a aquellas situaciones en las cuales la ley interna de un Estado Parte no contempla el debido proceso legal para proteger los derechos violados. El artículo 46.2.b es aplicable en aquellos casos en los cuales sí existen los recursos de la jurisdicción interna pero su acceso se niega al individuo o se le impide agotarlos. Estas disposiciones se aplican, entonces, cuando los recursos internos no pueden ser agotados porque no están disponibles bien por una razón legal o bien por una situación de hecho.

Se indicó además en esa opinión consultiva:

32. La Corte entra ahora a resolver la segunda pregunta que se refiere al agotamiento de recursos en los casos en los cuales un individuo es incapaz de obtener la asistencia

170 Méndez (1998, p. 532). Véase también: Abregú (1998, p. 10). Sobre la complicidad de los poderes judiciales latinoamericanos ante práctica de las desapariciones forzadas y la tortura por las dictaduras latinoamericanas véase: Zaffaroni (2001, pp. 48-63).

legal requerida, debido a un temor generalizado en los círculos jurídicos de un determinado país. La Comisión explica que, de acuerdo con lo expresado por algunos reclamantes, esta situación ha surgido cuando prevalece un ambiente de temor y los abogados no aceptan casos cuando creen que ello pudiera hacer peligrar su propia vida y la de sus familiares.

33. En general los mismos principios básicos que tienen que ver con la primera pregunta ya contestada son aplicables a esta segunda. Vale decir, si una persona se ve impedida, por una razón como la planteada, de utilizar los recursos internos necesarios para proteger un derecho garantizado por la Convención, no puede exigírsele su agotamiento, sin perjuicio, naturalmente, de la obligación del Estado de garantizarlo.

34. El artículo 1 de la Convención obliga a los Estados Partes no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La Corte ya ha expresado que esta disposición contiene un deber positivo para los Estados. Debe precisarse, también, que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención. Como lo ha afirmado esta Corte

... cuando se demuestra que los recursos son rechazados sin llegar al examen de la validez de los mismos, o por razones fútiles, o si se comprueba la existencia de una práctica o política ordenada o tolerada por el poder público, cuyo efecto es el de impedir a ciertos demandantes la utilización de los recursos internos que, normalmente, estarían al alcance de los demás... el acudir a esos recursos se convierte en una formalidad que carece de sentido. Las excepciones del artículo 46.2 serían plenamente aplicables en estas situaciones y eximirían de la necesidad de agotar recursos internos que, en la práctica, no pueden alcanzar su objeto (Caso Velásquez Rodríguez, supra 23, párr. 68; Caso Godínez Cruz, supra 23, párr. 71 y Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie No. 6, párr. 93).

35. De todo lo anterior se desprende que cuando existe un miedo generalizado de los abogados para prestar asistencia legal a una persona que lo requiere y esta no puede, por consiguiente, obtenerla, la excepción del artículo 46.2.b es plenamente aplicable y la persona queda relevada de agotar los recursos internos.

Estableció, asimismo, la Corte Interamericana que corresponde al estado la obligación de demostrar la existencia de recursos internos que no han sido agotados:

41. Al tenor del artículo 46.1.a de la Convención y de conformidad con los principios generales del Derecho internacional, incumbe al Estado que ha planteado la excepción de no agotamiento, probar que en su sistema interno existen recursos cuyo ejercicio no ha sido agotado (Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, supra 39, párr. 88; Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, Excepciones Preliminares, su-

pra 39, párr. 87 y Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, supra 39, párr. 90). Una vez que un Estado Parte ha probado la disponibilidad de recursos internos para el ejercicio de un derecho protegido por la Convención, la carga de la prueba se traslada al reclamante que deberá, entonces, demostrar que las excepciones contempladas en el artículo 46.2 son aplicables, bien sea que se trate de indigencia o de un temor generalizado de los abogados para aceptar el caso o de cualquier otra circunstancia que pudiere ser aplicable. Naturalmente, también debe demostrarse que los derechos involucrados están protegidos por la Convención y que para obtener su protección o garantía es necesaria una asistencia legal.

La necesidad del agotamiento previo de los recursos ordinarios ha sido vista, en primer término, como una consecuencia del principio de soberanía de los Estados, de modo que en resguardo de la misma los órganos internacionales solamente intervienen cuando se ha acudido previamente a los órganos internos del estado. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Viviana Gallardo, por resolución del 13 de noviembre de 1981, admitió la posibilidad de que el Estado renuncie a este requisito¹⁷¹

Sin embargo, el agotamiento de los recursos internos opera también en beneficio de las personas, puesto que a través de la vía interna se puede lograr una pronta atención al reclamo presentado. En este sentido se ha dicho que: “Tanto la víctima de una lesión a sus derechos como el Estado involucrado tienen interés en que el restablecimiento de los derechos y la reparación de los daños pueda cumplirse con el solo recurso a los medios que proporciona el Derecho interno y que únicamente si estos fracasan, no existen o son puramente nominales, pueda acudirse a la protección internacional”¹⁷².

En general, se estima que el agotamiento de la vía interna debe analizarse de acuerdo con el caso concreto, pues el agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna no debe darse cuando no puede esperarse una resolución del asunto, por ser los recursos internos inoperantes¹⁷³.

La necesidad de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna es la principal causa de rechazo de quejas presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De dicha necesidad resalta la importancia de la aplicación directa de la CADH por diversos jueces, ya que solamente cuando la violación de los derechos humanos no haya sido corregida por ellos, podrán entrar en función los órganos internacionales de protección de los derechos humanos.

171 Citada por Navia, N. (1993, p. 63).

172 Buergethal, Thomas/Grossmann, Claudio/Nikken, Pedro (1990, p. 174).

173 Así pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia del 29 de julio de 1988, relativa al caso Velásquez Rodríguez (No. 64-67).

La autoejecutoriedad de la CADH surge de esto mismo, así en caso de que no se llegue a aplicar se produce una responsabilidad internacional del Estado. Debe tenerse en cuenta que entre las medidas de carácter diferente del legislativo, para hacer efectivos los derechos y libertades establecidos en dicha Convención, a que hace referencia en su artículo 2, se encuentran las resoluciones judiciales¹⁷⁴.

El carácter supletorio de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los órganos de protección internacionales queda reflejado, también, en el Estatuto de Roma, que creó la Corte Penal Internacional, en cuanto se estableció el carácter complementario de la misma con respecto a las jurisdicciones nacionales¹⁷⁵. Así, debe declararse inadmisibile un asunto cuando sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él, salvo que este no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o que el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo¹⁷⁶.

5. La jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en Panamá

El artículo 4 de la Constitución Política prevé:

La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional.

Sobre ello indica Edgardo Molino: “Para algunos esta disposición significa que las normas de Derecho Internacional prevalecen sobre el derecho interno, para otros es lo contrario, pues el hecho de que la Constitución reconozca el derecho internacional presupone la teoría de la supremacía del derecho interno”¹⁷⁷.

174 Véase: Krsticevic (1998, pp. 430-431).

175 Art. 1 del Estatuto de Roma.

176 Art. 17, inciso 1) a) del Estatuto de Roma. Sobre esto señala Kai Ambos: “*Resulta problemático cuándo se puede partir de que la jurisdicción nacional no está dispuesta o es incapaz. Debe admitirse una falta de voluntad de persecución cuando un determinado Estado incoa un procedimiento solo aparente, para sustraer a una persona interesada de la persecución penal; cuando se verifique una dilación procesal incompatible con una intención de persecución penal; o cuando el proceso no se sustancie de manera independiente e imparcial. La jurisdicción nacional será incapaz para la persecución penal cuando, en base a un colapso total o esencial, no consigue hacer comparecer al acusado o proporcionar los medios de prueba necesarios. El principio de complementariedad marca así una diferencia esencial entre la Corte Penal Internacional y los Tribunales ad-hoc: mientras estos reclaman una competencia preferente para los hechos cometidos en la antigua Yugoslavia y Ruanda, aquella puede llegar a intervenir solo complementariamente respecto de la jurisdicción nacional*” [sic]. Ambos (2003, pp. 36-37). Sobre el principio de complementariedad véase también: Jescheck (2001, p. 58), Anello (2003, pp. 42-44).

177 Molino (1992, p. 251). Este autor parece pronunciarse a favor de la supremacía del orden interno, al decir: “(...) *Los Tratados o Convenios Internacionales que se hagan en contradicción de lo establecido por las citadas normas constitucionales, podrán ser declaradas inconstitucionales* (...)” (p. 252).

La discusión que indica este autor que se ha suscitado en Panamá, no es sino la discusión sobre si el Derecho interno y el Derecho Internacional suponen dos ordenamientos jurídicos diversos y separados, o bien forman un solo ordenamiento, lo que debe llevar a la supremacía del Derecho Internacional Público sobre el Derecho interno. Este último parece ser el criterio del que parte el artículo 4 de la Constitución Política.

De todas maneras debe agregarse que en lo relativo a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos debe hablarse además de un régimen específico en la Constitución¹⁷⁸. Así el artículo 17 establece:

Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.

Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.

Dicho artículo regula el principio *pro homine*, de acuerdo al cual debe considerarse en definitiva que los derechos de las personas establecidos en la Constitución Política suponen un mínimo de derechos, pero no deben ser interpretados para limitar otros derechos que se extraigan de otras normas jurídicas vigentes en Panamá.

De ello debe extraerse que los derechos previstos en los tratados internacionales de derechos humanos deben ser considerados con un rango superior a la Constitución Política, como es la tendencia dentro del derecho comparado, cuando la protección que otorgan es mayor que la prevista constitucionalmente. En este sentido la enumeración de derechos consagrados constitucionalmente supone un *numerus apertus*, de modo que deben ser reconocidos además como derechos, los establecidos en tratados internacionales de derechos humanos, aunque no estén previstos en la Constitución Política.

Dice, sin embargo, Santander Tristán Donoso:

Lamentablemente, la Corte Suprema de Justicia, no incluyó en los elementos que integran el bloque de Constitucionalidad al Derecho Internacional y por ende al conjunto de tratados y convenios sobre Derechos Humanos. Así lo expresa el Presidente de la Corte Suprema de Justicia cuando en su obra la Interpretación Constitucional señala: ‘Yo sostengo que en Panamá, las normas de derecho internacional como regla general no forman parte del bloque de constitucionalidad, únicamente podrían integrar ese bloque algunos derechos civiles y políticos fundamentales en nuestro Estado de De-

178 En general se reconoce por la doctrina que los tratados internacionales de derechos humanos tienen un régimen especial con respecto a otros tratados internacionales. Cf. Gros Espiell (1988, p. 306).

recho'. Ciertamente, quienes sostienen una posición contraria se refieren al artículo 4 de la Constitución, que señala: '... que la República de Panamá acata las normas de derecho internacional'. Pero nuestra Corte Suprema de Justicia no ha considerado que esta norma constitucional incorpora todas las normas de derecho internacional a nuestra constitución'.

Agrega Tristán Donoso criticando esta posición:

Esta posición restrictiva del artículo 4 constitucional pone una barrera para seguir profundizando la defensa de los Derechos Humanos no solo como derechos civiles, sino como un todo indivisible de derechos en función de la persona y la naturaleza. De todas maneras es importante destacar, que el establecimiento de un bloque de constitucionalidad como jerarquía interpretativa es un avance en el proceso de fortalecimiento del Estado de Derecho, y sobre todo la necesidad de seguir reafirmando el carácter de Estado Social de Derecho panameño¹⁷⁹.

6. Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Panamá

Entre los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Panamá se encuentran:

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966.
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966.
- El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966.
- El Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 15 de diciembre de 1989.
- La Carta de la Organización de Estados Americanos del 30 de abril de 1948.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Pacto de San José") del 22 de noviembre de 1969.
- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador"), del 17 de noviembre de 1988.
- El Protocolo Adicional a la Convención Americana relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, del 8 de junio de 1990.

179 Tristán Donoso (1998, pp. 39-40).

- La Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, del 10 de diciembre de 1984.
- La Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, del 9 de diciembre de 1985.
- La Convención Americana sobre la Desaparición Forzada de Personas del 9 de junio de 1994, del 9 de junio de 1994.
- La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, del 21 de diciembre de 1965.
- La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer del 18 de diciembre de 1979.
- La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará), del 9 de junio de 1994.
- El Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, del 6 de octubre de 1999.
- La Convención de Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989, ratificada.
- El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación en Conflictos Armados, del 25 de mayo de 2000.
- La Convención Sobre Asilo, del 28 de febrero de 1928.
- La Convención sobre el Estatuto de Refugiados, del 28 de julio de 1951.
- El Protocolo sobre el Estatuto de Refugiados, del 31 de enero de 1966.
- La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, del 9 de diciembre de 1948.
- Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.
- Protocolo I a los Convenios de Ginebra, del 8 de junio de 1977.
- Protocolo II a los Convenios de Ginebra, del 8 de junio de 1977.
- El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, del 17 de julio de 1998.¹⁸⁰
- La Convención Americana para la Eliminación de la Discriminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

Con respecto a los tratados indicados es importante referirse en particular al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, con respecto al cual en contra de las obligaciones adquiridas por Panamá, se llegó a suscribir un convenio con los Estados Unidos de América para no entregar nacionales de ese país a la Corte Penal Internacional.

180 IIDH (2005, pp. 849-875).

Ejercicios de evaluación

Casos para resolver sobre aplicación del derecho internacional de los derechos humanos

Resuelva los siguientes casos utilizando para ello la Constitución Política, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley ordinaria

Caso No. 1. La policía captura a Mario, presunto terrorista, quien los policías consideran que es la persona que puso que habría puesto una bomba de tiempo que explotaría matando a gran cantidad de personas. Se está contra el tiempo y la policía no tiene pistas sobre en qué lugar es que explotaría la bomba de tiempo. Ante esa situación el Jefe de la Policía autoriza que se practique la tortura en contra de Mario para obtener la información sobre el lugar en que está la bomba y desactivarla. Practicada la tortura y obtenida información por la policía se logra localizar la bomba y se procede a la desactivación de la misma, sin que muera ninguna persona (Basado en un caso hipotético discutido en general por la doctrina).

Caso 2. Martín, quien tiene varias condenas por actos de pedofilia y supuesto raptor con de Lucía, una niña de 10 años, es capturado por la policía. El Jefe de la Policía autoriza que se realice una tortura psicológica a Martín para obtener información y rescatar a la niña. Martín da la información y se ubica a donde se encuentra la niña, la que al momento de ser encontrada ya había sido ultrajada y asesinada (Basado en un caso resuelto por los tribunales alemanes).

Caso 3. Luis y Marcela, quienes gozan de una muy buena situación económica no pueden tener hijos, debido a que Marcela está impedida para tenerlos. Deciden contratar a Graciela, quien vive en una situación de pobreza, pagándole 10,000 Balboas para que se le practique la inseminación artificial con semen de Luis y que luego que dé a luz entregue el niño a Luis y Marcela y renuncie a los derechos que tiene como madre, facilitando la adopción del niño por parte de Mariela. Todos los gastos de atención durante el embarazo y los gastos del parto correrán a cargo de Luis y Marcela. Una vez que nace José, el niño producto del embarazo, Graciela se encariña con el niño y se niega a cumplir con lo pactado.

Caso 4. Gabriela, quien es maestra, se convirtió a la religión musulmana. Como consecuencia de ello decidió que llevar un velo como se usa por las mujeres que profesan esa religión. El Director de la escuela le prohibió llevar el velo. Gabriela considera que esa acción va en contra de su libertad religiosa.

Caso 5. Rigoberto llega de madrugada a la casa. Lucrecia su esposa se encuentra dormida, pero Rigoberto decide despertarla, ya que quiere tener relaciones sexuales con ella. Lucrecia se niega afirmando que está muy cansada, pero Rigoberto utilizando la fuerza la obliga a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad. Lucrecia presenta denuncia en contra de Rigoberto por el delito de violación.

Caso 6. En la fundamentación de la sentencia Federico indica que se le impuso a Luis la pena máxima, pero que la misma es muy benigna, mas debido a la lenidad de las leyes no se le pudo imponer una pena como la de muerte, que es la que se merecía Luis, quien es una lacra de la sociedad, que no merece ser llamado ser humano. Luis presenta queja en contra de Federico.

7. Universalidad o relativismo de los derechos humanos

Al mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos como fuente del derecho internacional de los derechos humanos, se hizo alusión a las discusiones sobre su valor y referencia a si la Declaración en sí había adquirido carácter obligatorio a raíz de su admisión como costumbre internacional, o si eso solamente podía afirmarse con respecto a algunos de los derechos establecidos en la misma.

Durante el tiempo que duró la guerra fría, los países del bloque soviético fueron muy críticos respecto de los derechos humanos, en particular en lo atinente a los derechos humanos de la primera generación, considerados como una consecuencia de la situación histórica y de los intereses de la época burguesa, que fue superada con el socialismo.

Por otro lado, se estimaba que la prioridad la debían tener los derechos humanos de la segunda generación. Dicha polémica se planteó durante la misma redacción y aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y resultó que los países socialistas decidieron abstenerse en la votación final.

La resistencia en relación con los derechos humanos de la primera generación, dentro de los que se encuentran, por ejemplo, los derechos ante la administración de justicia, se mantuvo firme en el bloque soviético, especialmente mientras duró el estalinismo. Después de la caída del comunismo en Europa, los antiguos países socialistas se apresuraron a reformar sus legislaciones internas, entre ellas las respectivas constituciones, regulando ampliamente las garantías ante el sistema judicial, de modo que la controversia en cuanto al relativismo en esos países, por concernir a la división suscitada por la guerra fría, perdió importancia.

Sin embargo, las discusiones sobre el universalismo o relativismo de los derechos humanos no han perdido intensidad, puesto que en las últimas décadas en el ámbito del tercer mundo, en particular africano y asiático, se han criticado los derechos humanos como expresión de los valores del mundo occidental, señalándose que dichos derechos son utilizados como una nueva forma de colonialismo en los países del tercer mundo¹⁸¹. En particular, los países en los que el Estado se ha proclamado como defensor de la religión musulmana, son especialmente críticos con respecto a la existencia de derechos humanos de carácter universal.

181 Cf. Bielefeldt (1992, pp. 146-149), Bielefeldt (1993, pp. 165-184), Bujo (1991, pp. 211-224), Forstner (1991, p. 250), Heinz (1986, pp. 81-90), Heinz (1994, pp. 129-130), Kühnhardt (1987, pp. 174-194), Ludwig (1991, pp. 241-248), Tessmer (1994, p. 16). Sobre la discusión acerca del relativismo o universalidad de los derechos humanos: Chipoco (1992, pp. 19-26).

Es importante recordar las discusiones que se dieron para la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Arabia Saudita fue uno de los países que se abstuvo de votar dicha Declaración, dadas sus reservas de carácter religioso, en especial por la posición de la mujer y el matrimonio, así como lo concerniente a la libertad religiosa. En las discusiones también Egipto había expresado reservas, aunque finalmente votó a favor de la Declaración Universal¹⁸².

Debe tenerse en cuenta la composición de la ONU al aprobar la Declaración era muy diferente a la actual, pues de los 58 miembros había 14 asiáticos y 4 africanos. No se había iniciado aún el proceso de descolonización, en particular en África¹⁸³.

Por otro lado, en el ámbito africano se critica específicamente que en el plano internacional, como consecuencia de la cultura individualista occidental, se le da un gran énfasis a los derechos individuales, pero no a los colectivos, lo cual resulta que en culturas como la africana el ser humano no puede ser desligado de la colectividad a la que pertenece, por lo que tienen gran importancia los derechos colectivos, los cuales conforman lo que se conoce como los derechos humanos de la tercera generación.

Las discusiones sobre el universalismo o relativismo no tuvieron expresión en la Declaración de Teherán de 1968, a lo que se debe la afirmación hecha de que la Declaración Universal de los Derechos Humanos tiene un carácter universal. Debe tenerse en cuenta que la Declaración de Teherán se aprobó en medio de la euforia que había producido la aprobación en el ámbito de la ONU, dos años antes, del PIDCP y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁸⁴.

Sin embargo, al llegarse a la Segunda Conferencia Universal de Derechos Humanos de Viena en 1993, la polémica había adquirido caracteres importantes, pretendiéndose en un inicio por los países africanos y asiáticos una proclama sobre el relativismo, lo cual los enfrentaba a los países del ámbito occidental, que defendían la universalidad.

La Declaración de Viena supuso una solución de compromiso, en la que no se ratificó el carácter obligatorio de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamado en la Declaración de Teherán. Así, en el parágrafo 1 se estableció que: *El carácter universal de los derechos y libertades no admite dudas.*

182 Cf. Oraá/Gómez Isa (2002, p. 70). Sobre los argumentos dados por los estados que se abstuvieron: Guradze (1956, pp. 119-120), Tetzlaff (1993, pp. 30-33).

183 Se descarta, en general por la doctrina, la participación de representantes del Tercer Mundo en los trabajos previos de elaboración de la Declaración Universal. Por otro lado, se ha afirmado que la participación del Dr. Chang de China implicó la consideración del confucionismo y que la del profesor Malik de Líbano, la del islamismo. Sin embargo, eso es solo parcialmente cierto, puesto que ambos habían recibido una educación occidental. Cf. Carrillo Salcedo (1999, p. 113).

184 Cf. Villán (2001, p. 58).

Luego en el párrafo 5 se dice:

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

No obstante luego, como concesión a los reclamos formulados por los países africanos, asiáticos y musulmanes, se acogió, en forma ambigua¹⁸⁵, una relativización de la afirmación del carácter universal de los derechos humanos, al decirse:

Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales¹⁸⁶.

Por otro lado, frente a las concepciones relativistas de los derechos humanos, ha de anotarse que las afirmaciones realizadas al respecto provienen, en general, del ámbito de los gobernantes¹⁸⁷, sin embargo en diversos Estados existen grupos organizados de habitantes de los mismos, o bien de exiliados, que se dedican a defender la necesidad del respeto de los derechos humanos. Así, incluso, mientras se realizaba la Conferencia de Bangkok, preocupada por los particularismos asiáticos, más de cien organizaciones no gubernamentales se reunieron en esta ciudad y aprobaron una declaración paralela a la oficial, en la que afirmaron la universalidad de los derechos humanos¹⁸⁸.

185 Cf. Oraá, Gómez Isa (2002, p. 97).

186 Véase la Declaración de Viena en: IIDH (Editor) (1999, pp. 457-499).

187 Miguel Osset señala que, en lo relativo al reconocimiento de los derechos humanos por los diversos estados, se da un modelo que es conocido por las organizaciones no gubernamentales como el modelo de espiral, que va desde la total negativa inicial, hasta la aceptación final plena, real y efectiva. Indica que se dan varias etapas: 1) fase represiva, 2) fase de negación: represión con negativa pública a adoptar las normas y la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos, 3) fase de concesiones tácticas, en la que el Estado se ve obligado a hacer algunas concesiones para aliviar la tensión, pero sin que tengan aun efectividad real, 4) fase prescriptiva, en la que el Estado acepta la normativa internacional, adopta tratados, institucionaliza a escala doméstica las normas y 5) comportamiento consecuente. Cf. Osset (2001, pp. 98-102)

188 Cf. Villán Durán (2002, p. 113), Carrillo Salcedo (1999, pp. 118-119). Al respecto, véase también: Villán Durán (2001, p. 56), quien indica: *“Es curioso observar cómo los Gobiernos enfatizan al máximo esos particularismos culturales, mientras que sus sociedades civiles claman por la universalidad de los derechos humanos, incluidos los de las mujeres y niños, como reacción ante países como Irán que utilizan la islamización de la cultura como una cultura de humo tras la cual se ocultan serias violaciones de derechos humanos”*[sic]. En contra, sin embargo, Diane Orentlicher dice: *“Los activistas internacionales mencionan su colaboración con los activistas locales como prueba de que no intentan imponer los valores occidentales en culturas tremendamente diferentes. Su defensa tiene un poderoso atractivo, pero casi estrictamente para aquellos que ya están comprometidos con los derechos humanos. Como respuesta al desafío relativista, elude ciertas preguntas fundamentales. En muchas de las sociedades ‘no occidentales’ citadas*

Por otra parte, mientras los Estados musulmanes en una reunión previa a la Conferencia de Viena se pronunciaron porque los derechos humanos están sometidos a la ley islámica, las organizaciones no gubernamentales árabes expresaron su preocupación por el énfasis que se daba a las particularidades culturales de cada región y a la soberanía nacional en relación con los derechos humanos¹⁸⁹.

Los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales conforman lo que se conoce como derechos humanos de la segunda generación, no han adquirido el grado de protección a nivel internacional ni local que existe en lo atinente a los derechos humanos de la primera generación, en parte porque se afirma que la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales debe realizarse por los estados hasta el máximo de los recursos de que se disponga, debiendo lograrse una protección progresiva, conforme lo establece el artículo 2, inciso 1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Esto está relacionado con el derecho al desarrollo, que se establece como derecho humano de la tercera generación. Lo anterior, sin embargo, no debe llevar a negar la judicialidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por otra parte las particularidades de carácter cultural no deben llevar a admitir penas como la lapidación, la flagelación o la amputación, que se aplican en diversos países del mundo árabe, por ejemplo en Irán y Arabia Saudita. En la misma reunión que los países del mundo árabe llevaron a cabo antes de la Conferencia de Viena, aunque se reafirmó la prohibición de la tortura, no se consideró como parte de esa prohibición el sistema de penas establecido conforme con la ley musulmana¹⁹⁰. Se trata de un tema que está en el centro de la discusión con respecto al reclamo del relativismo de los derechos humanos, aunque debe indicarse que los órganos de protección de los derechos humanos de la ONU han rechazado que como consecuencia de ello puedan admitirse dichas penas¹⁹¹.

por Ignatieff, los individuos que demandan la protección de los derechos humanos globales constituyen una minoría. Por tanto ¿Qué nos dicen sus puntos de vista sobre el grado en que la idea de los derechos humanos disfruta de aceptación universal? En muchas sociedades un amplio porcentaje de la población ni siquiera ha abrazado el paradigma minimalista de derechos humanos defendido por Ignatieff, y en sus filas no hay únicamente déspotas cínicos". Orentlicher (2003, pp. 151-152). De manera opuesta, debe anotarse que la temática de los derechos humanos implica la protección, incluso, frente a las mayorías, unido a que no debe desconocerse las dificultades para expresar la oposición a las concepciones adoptadas oficialmente por un estado de carácter autoritario.

189 Carrillo Salcedo (1999, p. 119).

190 Cf. Villán (2002, p. 109).

191 Cf. Villán (2002, p. 110). Indica Amy Gutmann: "*Afirmar que un régimen universal de derechos humanos debería ser compatible con el pluralismo moral no equivale a decir que debe ser compatible con cualquier sistema de creencias. Los derechos humanos no pueden suscribir indiscriminadamente cada uno de los sistemas existentes de creencias o, al menos, cada una de las interpretaciones dominantes de los actuales sistemas de creencias. El sistema actual de creencias de los talibanes niega la agencia de las mujeres y su dignidad, y lo hace incompatible con cualquier régimen de derechos humanos".* Gutmann (2003, p. 20). Sobre el tema véase también: Villán (2001, p. 56), quien señala que las diferencias culturales no deben justificar la violación de normas imperativas del derecho internacional de los derechos humanos.

8. Universalismo y regionalismo de los sistemas de protección de los derechos humanos en el derecho internacional

8.a. Aspectos generales

Debe anotarse que actualmente el sistema de protección de los derechos humanos es dual, puesto que, por un lado, existen los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos aprobados en el marco de la ONU; o sea, en un contexto universal, lo mismo que los órganos de protección de los derechos humanos propios de la ONU, tales como el Comité de Derechos Humanos y la Comisión de Derechos Humanos.

Por otro lado, se aprecia la existencia de diversos sistemas regionales que llevan a la aprobación de instrumentos internacionales con un alcance regional, lo mismo que se regulan sistemas de protección de los derechos humanos propios de una región, como se aprecia en Europa, África y América.

Estos sistemas de protección no pretenden, suplantarse los sistemas universales, sino más bien complementarlos¹⁹², al ser un principio que no puede acudir a su vez a reclamar una violación de los derechos humanos ante dos órganos diversos de protección de los mismos.

8.b. Mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos

El sistema de Naciones Unidas de protección de los derechos humanos

En el ámbito de las Naciones Unidas es importante resaltar la existencia de la Corte Penal Internacional, creada por el Estatuto de Roma, que tiene competencia para el juzgamiento de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La competencia de la misma, de acuerdo al artículo 5 del Estatuto, es con respecto a los siguientes crímenes:

- a) el crimen de genocidio,
- b) los crímenes de lesa humanidad,
- c) los crímenes de guerra y
- d) el crimen de agresión.

Con respecto a diversas convenciones de derechos humanos se han establecido órganos de control de su cumplimiento, integrados por expertos independientes, por ejemplo el

- a) Comité de Derechos Humanos, fue creado con respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;

192 Al respecto, Gros Espiell (1988, p. 292), Blanc Altemir (2001, p. 19).

- b) Comité para la eliminación de la discriminación racial, fue creado por la Convención para la eliminación de la discriminación racial;
- c) Comité para la eliminación de la discriminación de las mujeres, creado por la Convención para la eliminación de la discriminación en contra de la mujer;
- d) Comité contra la tortura fue creado con relación a la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes,
- e) Comité de Derechos del Niño, fue instaurado en virtud de la Convención de Derechos del Niño, conocimiento además el Comité de los informes con respecto a protocolos facultativos a la Convención, como el relativo a la participación de los niños en los conflictos armados y la utilización de niños en la pornografía;
- f) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue creado para supervisar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- g) Comité para la Protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias, fue establecido en virtud de la Convención Internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares.

Los Estados tienen la obligación de presentar informes periódicos por escrito a los Comités¹⁹³. Estos pueden utilizar además otras fuentes, por ejemplo, pueden recibir de ciertos organismos especializados informaciones o comentarios propios.

Lo anterior se ha admitido, por ejemplo por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la eliminación de la discriminación racial, el Comité de Derechos del Niño y el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer¹⁹⁴. Se ha ido permitiendo además la participación de individuos y organizaciones no gubernamentales, lo que ha ocurrido, por ejemplo por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura y el Comité para la eliminación de la discriminación racial¹⁹⁵.

Se ha tendido también a darle participación a las Organizaciones no Gubernamentales cuando se debate un tema en particular, por ejemplo en el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité de Derechos del Niño¹⁹⁶.

Los Comités realizan un informe con observaciones finales y recomendaciones del País. No se trata propiamente de condenar al Estado respectivo por el quebranto de los derechos

193 Sobre los informes periódicos: Villán Durán (2002, pp. 385-405).

194 Cf. Villán Durán (2002, p. 393).

195 Cf. Villán Durán (2002, p. 393).

196 Cf. Villán Durán (2002, p. 393).

humanos, sino más bien de facilitar a las autoridades del país en la identificación de los problemas que existen en el Estado para la aplicación adecuada del Tratado en el ámbito interno, recomendándose la adopción de medidas para la superación de dichas dificultades¹⁹⁷.

En el ámbito de diversos tratados se ha permitido también la realización de investigaciones de oficio por el respectivo Comité, por ejemplo por el Comité contra la Tortura y el Comité para la eliminación de la discriminación racial, ello cuando se recibe información fiable sobre una práctica sistemática de violación de los derechos humanos en un determinado Estado¹⁹⁸.

Con respecto a algunos Tratados internacionales se ha previsto en el ámbito de las Naciones Unidas la posibilidad de que los particulares presenten quejas individuales, por la violación de los derechos humanos en un caso concreto. Para ello se requiere que el Estado respectivo haya reconocido la competencia del Comité para recibir quejas individuales¹⁹⁹ y que se hayan agotado los recursos internos.

No se trata de una actuación preventiva, sino más bien se intenta algún tipo de condena en contra del Estado y que se disponga la obligación de reparación a cargo de éste. Se sigue un procedimiento contradictorio, pero no se ha reconocido al respectivo Comité el carácter de un Tribunal, por lo que se tiende a considerar que se trata de un “*mecanismo cuasiconten-cioso*”.

Esta posibilidad se ha admitido, por ejemplo con respecto a la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, de acuerdo a lo establecido en su artículo 14; la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, de acuerdo a lo previsto en su artículo 22; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme a su Protocolo Facultativo, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación y la Convención Internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de acuerdo a su artículo 77²⁰⁰.

Dentro de los órganos de protección de los derechos humanos debe mencionarse el **Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas**, aprobado por resolución 60/251 de 3 de abril de 2006, en sustitución de la Comisión de Derechos Humanos, que había caído en desprestigio por su politización y doble rasero. La primera reunión se realizó el 19 de junio de 2006.

Sus principales funciones son las de promoción el respeto de los derechos humanos y estudiar las violaciones graves y sistemáticas de los mismos asimismo debe prevenir los

197 Cf. Villán Durán (2002, p. 397).

198 Cf. Villán Durán (2002, p. 405).

199 Cf. Villán Durán (2002, p. 455).

200 Cf. Villán Durán (2002, p. 454).

abusos, la desigualdad y la discriminación, proteger a los más vulnerables y denunciar a los perpetradores, también debe realizar un informe periódico sobre la situación de los derechos humanos.

El Consejo de Derechos Humanos, siguiendo lo que había establecido el Comité de Derechos Humanos, frente a situaciones específicas en los países o a cuestiones temáticas en todo el mundo, puede seguir lo que se ha llamado “los procedimientos especiales”, por medio de los cuales se nombra a un experto independiente como relator o representante especial o bien a un grupo de personas.

Por otro lado, debe mencionarse también el **Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos**, creado por resolución de la Asamblea General de la ONU No. 48/141 del 20 de diciembre de 1993.

Sus funciones son las de promoción y asesoramiento con respecto al respeto de los derechos humanos, debiendo prevenir la persistencia de violaciones de los mismos.

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos es ejercido a través de dos órganos de protección: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁰¹

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene por función principal promover la observancia y la defensa de los derechos humanos²⁰².

Principales funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	Formular recomendaciones para que los Estados adopten medidas progresivas a favor de los derechos humanos
	Actuar con respecto a las peticiones que formule cualquier grupo de personas o entidad no gubernamental que contengan denuncias o quejas en contra de Estados parte de la Convención Americana por violación de ésta o de otros Tratados de Derechos Humanos del sistema interamericano ²⁰³ .
	Conocer quejas en contra de Estados que forman parte de la Organización de Estados Americanos, pero no son parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, las que resolverá con fundamento en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre ²⁰⁴ .

201 Art. 33 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

202 Art. 41 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

203 Arts. 41 inciso f) y 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

204 Arts. 49-50 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Cf. Faúndez Ledesma (2004, p. 154).

La Comisión luego del procedimiento investigativo, en el que tiene participación tanto el Estado denunciado como el particular denunciante, toma una decisión sobre si existió una violación de los derechos humanos, haciendo las recomendaciones respectivas en el caso violación²⁰⁵.

En caso de incumplimiento de las recomendaciones puede disponer la publicación del informe. Podrá también decidir remitir el asunto ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al respecto la Comisión está legitimada para someter casos contenciosos a una decisión de la Corte Interamericana, con respecto a aquellos Estados miembros de la Convención que hayan reconocido la jurisdicción de la Corte Interamericana, aunque no está obligada una vez que constata la violación de los derechos humanos en un caso concreto a someter el asunto ante la Corte. De hecho, solamente una pequeña parte de las quejas presentadas son enviadas por la Comisión ante la Corte Interamericana²⁰⁶.

Lo anterior se relaciona con la falta de claridad sobre los criterios que sigue la Comisión para decidir si envía un asunto a la Corte, puesto que se rige por criterios discrecionales. La Corte Interamericana, en la opinión consultiva OC-13-93 del 16 de julio de 1993 dijo, sin embargo, que:

Esta decisión no es discrecional, sino que debe apoyarse en la alternativa que sea más favorable para la tutela de los derechos establecidos en la Convención²⁰⁷.

No obstante, la vaguedad con que expresó la Corte esos criterios en que debía apoyarse, debe llevar a afirmar ese carácter discrecional, aunque no arbitrario²⁰⁸.

El artículo 44 del Reglamento de la Comisión regula el sometimiento del caso a la Corte, estableciendo que cuando la Comisión estima que el Estado no ha cumplido las recomenda-

205 La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de 17 de septiembre de 1997, dictada en el caso “Loayza Tamayo reconoció el valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Dijo: “80. Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función ‘promover la observancia y la defensa de los derechos humanos’ en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111)”. Sobre el valor de los informes finales de la Comisión: Filippini (2007, pp. 153-189).

206 Véase: Grossman (1998, pp. 156-157).

207 Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-13-93 del 16 de julio de 1993, n°. 50

208 Así: Gómez (1998, p. 225).

ciones del informe aprobado, que estableció violaciones, someterá el asunto a la Corte, salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.

Se establece que para ello la Comisión tomará en cuenta fundamentalmente la obtención de justicia en el caso particular, fundada entre otros, en los siguientes elementos:

- a) la posición del peticionario;
- b) la naturaleza y gravedad de la violación;
- c) la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema;
- d) el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros; y
- e) la calidad de la prueba disponible²⁰⁹.

Cuando somete un asunto ante la Corte, la Comisión debe participar en el procedimiento contencioso, asumiendo un rol acusatorio en contra del Estado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene competencia para resolver opiniones consultivas o bien asuntos contenciosos. Es importante anotar que las sentencias que se dictan en el procedimiento contencioso se refieren a casos concretos presentados en contra de un estado miembro de la CADH, ya sea por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o un estado parte de la Convención²¹⁰.

La lista de sujetos que pueden pedir una opinión consultiva es amplia, pues pueden hacerlo los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires ²¹¹ . Estos órganos son:	a) Asamblea General
	b) Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores

209 Sobre los criterios que ha seguido la Comisión: Grossman (1998, p. 160).

210 Art. 61, inciso 1) de la CADH.

<p>La lista de sujetos que pueden pedir una opinión consultiva es amplia, pues pueden hacerlo los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires²¹¹. Estos órganos son:</p>	<p>c) Consejos (el Consejo Permanente de la Organización, el Consejo Interamericano Económico y Social y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura),</p>
	<p>d) Comité Jurídico Internacional</p>
	<p>e) Comisión Interamericana de Derechos Humanos</p>
	<p>f) Secretaría General</p>
	<p>g) Conferencias especializadas y los organismos especializados²¹².</p>
	<p>h) Estados que no forman parte de la CADH, pero sí de la OEA²¹³.</p>

Por otro lado, mientras que a través del procedimiento contencioso la Corte resuelve sobre violaciones concretas de la CADH, en las opiniones consultivas puede discutirse la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos, incluso con respecto a tratados ajenos al sistema interamericano; por ejemplo, tratados suscritos dentro del ámbito de la ONU, como la Convención de Derechos del Niño²¹⁴.

Sobre la diferencia entre la jurisdicción contenciosa y la consultiva dijo la Corte Interamericana en la opinión consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, sobre las restricciones a la pena de muerte:

211 Art. 64, inciso 1) de la CADH.

212 Cf. Piza Rocafort, Trejos (1989, p. 326).

213 Cf. Faúndez Ledesma (2004, p. 961).

214 Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-17-2002 del 28 de agosto de 2002 (condición jurídica y derechos humanos del niño). Consúltense además: opinión consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, relativa a 'Otros tratados' objeto de la función consultiva de la Corte.

32. En un procedimiento contencioso, la Corte debe no solo interpretar las normas aplicables, establecer la veracidad de los hechos denunciados y decidir si los mismos pueden ser considerados como una violación de la Convención imputable a un Estado Parte, sino también, si fuera del caso, disponer «que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados» (artículo 63.1 de la Convención), en el entendido de que los Estados Partes en este proceso están sujetos a cumplir obligatoriamente el fallo de la Corte (artículo 68.1 de la Convención). En cambio, en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su competencia contenciosa resuelve sobre demandas concretas en contra de un Estado por quebrantar la Convención Americana.

Pueden demandar la intervención de la Corte en la jurisdicción contenciosa	La Comisión Interamericana de Derechos Humanos
	Los Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte.
	La víctima o peticionario no puede someter casos a la competencia de la Corte Interamericana (solo puede hacerlo ante la Comisión Interamericana)

No se legitima, como ocurre ante la Comisión Interamericana a cualquier persona o entidad no gubernamental a dirigirse ante la Corte. Sin embargo, una vez que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos remite el asunto a la Corte Interamericana, las víctimas adquieren autonomía en sus reclamos con respecto a la Comisión, de modo que pueden presentar alegatos relativos a la violación de los derechos humanos que no hayan sido alegados por la Comisión²¹⁵.

Ello ocurrió, por ejemplo, en el asunto resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia de 2 de julio de 2004 (caso Mauricio Herrera contra Costa Rica), en el cual la Corte acogió la violación al derecho a recurrir la sentencia condenatoria y al principio de imparcialidad del juzgador, reclamos que no habían sido alegados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pero sí por las víctimas²¹⁶.

215 Véase: artículo 23 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

216 No. 142. Cf. Llobet Rodríguez (2005, pp. 72-77); Llobet Rodríguez (2007a, pp. 234-243).

Existe una obligación de los Estados Partes de la Convención de cumplir con la decisión de la Corte Interamericana en la jurisdicción contenciosa, de conformidad con lo establecido por el artículo 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos²¹⁷.

Con respecto a Panamá debe tenerse en cuenta la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores contra Panamá), dictada el 2 de febrero de 2001, en la que condenó a Panamá. Decidió la Corte:

1. declara que el Estado violó los principios de legalidad y de irretroactividad consagrados en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los 270 trabajadores mencionados en el párrafo 4 de la presente Sentencia.
2. declara que el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1, 8.2 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los 270 trabajadores mencionados en el párrafo 4 de la presente Sentencia.
3. declara que el Estado no violó el derecho de reunión consagrado en el artículo 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los 270 trabajadores mencionados en el párrafo 4 de la presente Sentencia.
4. declara que el Estado violó el derecho a la libertad de asociación consagrado en el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los 270 trabajadores mencionados en el párrafo 4 de la presente Sentencia.
5. declara que el Estado incumplió las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en conexión con las violaciones de los derechos sustantivos señalados en los puntos resolutivos anteriores de la presente Sentencia.
6. decide que el Estado debe pagar a los 270 trabajadores mencionados en el párrafo 4 de la presente Sentencia, los montos correspondientes a los salarios caídos y demás derechos laborales que les correspondan según su legislación, pago que, en el caso de los trabajadores que hubiesen fallecido, deberá hacerse a sus derechohabientes. El Estado procederá a fijar, siguiendo los trámites nacionales pertinentes, los montos indemnizatorios respectivos, a fin de que las víctimas y en su caso sus derechohabientes los reciban en un plazo máximo de 12 meses contados a partir de la notificación de la presente Sentencia.
7. decide que el Estado debe reintegrar en sus cargos a los 270 trabajadores mencionados en el párrafo 4 de la presente Sentencia y, si esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos. En caso de no ser tampoco posible esto último, el Estado deberá proceder al pago de la indemnización que corresponda a la terminación de relaciones de trabajo, de conformidad con el derecho laboral interno. De la misma manera, a los derechohabientes de las víctimas que hayan fallecido el Estado les brindará las retribuciones por concepto de pensión o retiro que les corresponda. El

217 Cf. Rodríguez Rescia (1997); Rodríguez Rescia (1998, pp. 449-490).

Estado deberá proceder a cumplir con lo establecido en el presente punto resolutivo en un plazo máximo de 12 meses contados a partir de la notificación de la presente Sentencia.

8. decide, por equidad, que el Estado debe pagar a cada uno de los 270 trabajadores mencionados en el párrafo 4 de la presente Sentencia, la suma de US\$ 3.000 (tres mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de daño moral. El Estado deberá proceder a cumplir con lo establecido en el presente punto resolutivo en un plazo máximo de 90 días contados a partir de la notificación de la presente Sentencia.

9. decide, por equidad, que el Estado debe pagar al conjunto de los 270 trabajadores mencionados en el párrafo 4 de la presente Sentencia, la suma de US\$ 100.000 (cien mil dólares de los Estados Unidos de América) como reintegro de gastos generados por las gestiones realizadas por las víctimas y sus representantes, y la suma de US\$ 20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) como reintegro de costas, causados en los procesos internos y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección. Estas sumas se pagarán por conducto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

10. decide que supervisará el cumplimiento de esta Sentencia y sólo después dará por concluido el caso.

Sobre este caso en particular, aún hoy existe una fuerte discusión con respecto al cumplimiento de esta sentencia, de modo que un grupo de los trabajadores estuvieron durante 2007 protestando frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, alegando que el Estado panameño ha incumplido lo indicado en la sentencia.

Han estado reclamando que el punto 7 de la sentencia indica que el Estado debe ofrecerles un reintegro a las víctimas, una alternativa de empleo o una indemnización, pero a la mayoría no se les ha dado ninguna de esas alternativas. Los trabajadores, que esperan que la Corte resuelva el diferendo, han estado reclamando el pago de unos sesenta millones de dólares por concepto de indemnización, a lo que se ha opuesto el Estado panameño²¹⁸.

Ejercicios de evaluación

- 1) Indique cuáles son los Estados miembros de la OEA, los Estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos y los Estados que aceptaron y no han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.
- 2) Identifique los casos de la Corte Interamericana de derechos humanos que se refieren a Panamá.
- 3) Indique la respuesta correcta con una X(*)

218 Crítica, 11 de enero de 2008. En: <http://www.critica.com.pa/archivo/01112008/nacional.html>.

- I) El carácter progresivo de los derechos humanos significa que:
- a) Con el transcurso del tiempo se crean nuevos órganos e instrumentos de protección de los derechos fundamentales que complementan a los anteriores.
 - b) La interpretación de las normas de derechos humanos por parte de los órganos puede ir incrementándose con el paso del tiempo en favor del individuo.
 - c) El nivel de protección de los derechos humanos se encuentra en permanente evolución, toda vez que tiende a ser cada vez mayor.
 - d) Todas las opciones anteriores son correctas.

II) La Declaración Universal de Derechos Humanos es:

- a) Una declaración de principios aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948.
- b) Un instrumento no vinculante aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948.
- c) Un instrumento aprobado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en 1948.
- d) Un instrumento aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948 que cuando nació no tenía carácter vinculante pero adquirió carácter vinculante con el paso del tiempo.

(*) En los dos casos las respuestas correctas son la letra d.

UNIDAD IV

Mecanismos especializados de protección de los derechos humanos en Panamá

Objetivos:

1. Obtener conocimientos sobre los mecanismos especializados en la protección de los derechos humanos en Panamá, en particular sobre el control de constitucionalidad, el recurso de hábeas corpus, el recurso de amparo de garantías constitucionales, el proceso contencioso-administrativo de protección de los derechos humanos, el hábeas data y el defensor del pueblo.
2. Obtener conocimientos sobre la efectividad de estos mecanismos para la protección de los derechos humanos en Panamá.
3. Obtener habilidades y destrezas para la determinación del mecanismo especializado de protección de los derechos humanos que puede utilizarse en un caso concreto para la protección de los derechos humanos.

1. Aspectos generales sobre el neoconstitucionalismo

La arbitrariedad en particular del régimen nacionalsocialista, la discriminación de la que fueron objeto diversos grupos dentro del mismo, por ejemplo los judíos y los gitanos, negándoles el carácter de personas, llegando hasta el asesinato en serie de millones de personas, no solamente provocó el surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino también el fortalecimiento de jurisdicciones constitucionales en diversos países europeos, que se extendieron luego a países de otras regiones del mundo. Se llegaron a crear Tribunales Constitucionales, del cual el prototipo ha sido el Tribunal Federal Constitucional alemán.

A partir de allí se ha venido desarrollando la doctrina que se conoce hoy día como el neoconstitucionalismo o el garantismo, cuyo máximo representante es el italiano Luigi Ferrajoli²¹⁹. En el mismo la función de control constitucional no solamente debe ser ejercida por el Tribunal Constitucional, sino también por los jueces ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional²²⁰, lo que debería llevar a un control desconcentrado de constitucionalidad.

Se ha partido de que el Estado y el derecho existen para proteger los derechos de los seres humanos y no tienen un fin en sí mismo²²¹. Se ha llegado a reconocer que el legislador tiene límites no solamente formales, sino también sustanciales, en cuanto al contenido de las leyes, en cuanto deben ser acordes con los derechos fundamentales que tiene toda persona, incluyéndose dentro de estos los derechos establecidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y en otras fuentes del derecho internacional de los derechos humanos de acatamiento obligatorio.

En este sentido se distingue entre el Estado de Derecho en sentido formal y el Estado de Derecho en sentido sustancial²²².

Estado de derecho en sentido formal: Se refiere al ordenamiento en que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y procedimientos establecidos.

219 Cf. Ferrajoli (1990) ; Ferrajoli (1995); Ferrajoli (1996, pp. 15-29) ; Ferrajoli (1999), Ferrajoli (2006). Véase también: Andrés Ibáñez (2007). Sobre el garantismo o neoconstitucionalismo: Carbonell, Miguel (Coordinador) (2005); Carbonell, Miguel/Salazar, Pedro (Coordinadores) (2005).

220 Cf. Andrés Ibáñez, Perfecto (2007, pp. 47-48).

221 Cf. Ferrajoli (1995, pp. 880-883).

222 Cf. Ferrajoli (1995, pp. 851-860).

Estado de derecho en sentido sustancial: se refiere a aquellos ordenamientos en que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales²²³.

El estado de derecho en sentido sustancial expresa una preocupación por la tutela de los derechos fundamentales (individuales y sociales) de los seres humanos²²⁴. Se parte no solamente de la sujeción a la ley, sino de la sujeción de la persona legisladora y jueza a la Constitución y a los derechos fundamentales establecidos en ésta. Ello es aplicable también a los otros funcionarios públicos.

Se llegó a diferenciar entre vigencia (ser), que implica la aprobación de una norma conforme al procedimiento establecido y validez (deber ser), que implica el sometimiento al control del respeto de las garantías constitucionales. Se distingue así un positivismo crítico, contrastando con un positivismo jurídico.

Este último implica un análisis meramente formal del derecho, mientras que el positivismo crítico, significa que el análisis del Derecho no es sólo formal, sino también sustancial.

Se parte de que los principios ilustrados y los del derecho internacional de los derechos humanos han tenido acogida en la Constitución, lo que debe tener influencia en la interpretación de la ley, o en la invalidez de ésta. Esto implica límites al principio de las mayorías. Así, por ejemplo, como lo ha indicado Luigi Ferrajoli:

La primera regla de todo pacto constitucional sobre la convivencia civil no es, en efecto, que se debe decidir sobre todo por mayoría. Ninguna mayoría puede decidir la supresión (o no decir la protección) de una minoría o de un solo ciudadano. En este aspecto el estado de derecho, entendido como sistema de límites sustanciales impuestos legalmente a los poderes públicos en garantía de los derechos fundamentales, se contraponen al estado absoluto, sea autocrático o democrático. Incluso la democracia política más perfecta, representativa o directa, sería un régimen absoluto y totalitario si el poder del pueblo fuese en ella ilimitado.

Agrega: “Ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir (o consentir que se decida) que un hombre muera o sea privado sin culpa de su libertad, que piense o escriba, o no piensa o no escriba, de determinada manera, que no se reúna o no se asocie con otros, que se case o no se case con cierta persona o permanezca indisolublemente ligado a ella; que tenga

223 Cf. Ferrajoli (1995, pp. 851-860).

224 Cf. Ferrajoli (1995, pp. 860-864).

o no tenga hijos, que haga o no haga tal trabajo u otras cosas por el estilo”²²⁵. Ello se aplica también a las garantías de carácter social, de modo que así como ninguna mayoría puede decidir la supresión de un inocente la privación de los derechos fundamentales de un individuo o un grupo minoritario, “(...) tampoco puede dejar de decidir las medidas necesarias para que a un ciudadano le sea, asegurada la subsistencia y la supervivencia”²²⁶.

Ante una ley inválida, pero vigente, el juzgador puede hacer una interpretación restrictiva, evitando la antinomia con la Constitución o en el caso de no ser posible ello, poner de manifiesto la antinomia, denunciando el contraste entre la ley y Constitución, de modo que promueve la anulación de la primera por inconstitucional.

En lo relativo a los derechos individuales se considera que debe buscarse un derecho mínimo, que restrinja al mínimo la intervención estatal, ello para evitar la arbitrariedad. Con respecto a los derechos sociales se debe llegar a un derecho máximo²²⁷, de modo que el Estado debe garantizar las condiciones mínimas para una vida digna. Ello lleva a que no solamente los derechos individuales sean exigibles judicialmente, sino también los sociales²²⁸.

2. El control de constitucionalidad en Panamá

2.a. Concentración del control de constitucionalidad

En un pasado existió en Panamá un sistema difuso de control de la constitucionalidad, a Constitución de 1904 no contempló un control de constitucionalidad, pero el artículo 104 de la misma le prohibió al Poder Legislativo la expedición de normas inconstitucionales. No se estableció la forma de resolver los conflictos entre la Constitución y la ley, aunque se reguló un control judicial preventivo con respecto a los proyectos de ley, en el artículo 105 de la Constitución²²⁹.

La falta de claridad sobre el control que podían realizar los jueces de la constitucionalidad de las leyes se aclaró con la entrada en vigencia de los Códigos Civil y Judicial del

225 Ferrajoli (1995, p. 859. Véase también, pp. 68 y 544). Consúltese además: Ferrajoli (1999, p. 27); Andrés Ibáñez (2007, pp. 62-63); Peña Freire (1997, pp. 64-74).

226 Ferrajoli (1995, p. 865).

227 Señala Ferrajoli: “*Con una fórmula sumaria podemos representar a semejante ordenamiento como estado liberal mínimo y a la vez como estado social máximo: estado (y derecho) mínimo en la esfera penal, gracias a la minimización de las restricciones de las libertades de los ciudadanos y a la correlativa extensión de los límites impuestos a sus actividades represivas; estado (y derecho) máximo en la esfera social, gracias a la maximización de las expectativas materiales de los ciudadanos y a la correlativa expansión de las obligaciones públicas de satisfacerlas*” Ferrajoli (1995, p. 866).

228 Ferrajoli (1995, pp. 862-864).

229 Cf. Molino, Edgardo (1992, p. 247); Lösing (2002, p. 177); PNUD (2000), p. 18.

primero de octubre de 1917, con base en los cuales los jueces podían dejar de aplicar una ley cuando la consideraban contraria a la Constitución Política²³⁰.

En la práctica los jueces no tendieron a realizar este control de constitucionalidad de oficio, sino solamente a petición de parte, ya que los tribunales: “eran conscientes de la impopularidad de la intervención de oficio, por parte de los jueces, en materia tan susceptible a los Órganos del Gobierno”²³¹.

Por otro lado, se afirma que el control de constitucionalidad difuso provocó una gran inseguridad, debido a la diversidad de criterios que fueron sostenidos por los jueces²³². El sistema de control difuso rigió hasta la regulación del recurso de casación constitucional en 1937, que pretendía la unificación de la jurisprudencia, el que estuvo en vigencia hasta 1941²³³.

En la Constitución Política de 1941 se reguló un control constitucional concentrado en la Corte Suprema de Justicia²³⁴, pudiendo los jueces que tuvieran dudas sobre la constitucionalidad de una ley hacer una consulta ante la Corte. Cualquier ciudadano podía reclamar directamente la inconstitucionalidad, existiendo además un control preventivo de los proyectos de ley, a iniciativa del Presidente de la República²³⁵.

El mismo sistema de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes fue adoptado también en la Constitución de 1946 (reformada en 1956) y en la Constitución de 1972 (reformada en 1978, 1983 y 1994)²³⁶.

Resulta así que en la Constitución Política vigente se regula un sistema de control concentrado de constitucionalidad, centralizado en la Sala Plena, de modo que los jueces ordinarios no pueden declarar la inconstitucionalidad de una disposición legal o reglamentaria, sino cuando consideran que se está ante un problema de inconstitucionalidad, deben elevar el asunto ante la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. Así a ésta corresponde el control de constitucionalidad, que tradicionalmente ha sido denominado como salvaguarda de la inviolabilidad de la Constitución, de conformidad con el Artículo 206 inciso 1) de la Constitución Política.

230 Cf. Molino, Edgardo (1992, p. 248); Lösing (2002, p. 177).

231 Molino, Edgardo (1992, p. 248).

232 Lösing (2002, p. 177).

233 Cf. Molino, Edgardo (1992, p. 248; Lösing 2002, p. 179).

234 Molino, Edgardo (1992, pp. 248-249).

235 Molino, Edgardo (1992, pp. 248-249).

236 Cf. Lösing (2002, p. 178).

Dispone artículo 206 inciso 1):

La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, 1. La guarda de la integridad de la Constitución para lo cual la Corte en pleno conocerá y decidirá, con audiencia del Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración, sobre la inconstitucionalidad de las Leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona.

Cuando en un proceso el funcionario público encargado de impartir justicia advirtiere o se lo advirtiere alguna de las partes que la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso es inconstitucional, someterá la cuestión al conocimiento del pleno de la Corte, salvo que la disposición haya sido objeto de pronunciamiento por parte de ésta, y continuará el curso del negocio hasta colocarlo en estado de decidir.

Las partes sólo podrán formular tales advertencias una sola vez por instancia (...).

El control normativo preventivo

Se establece en la Constitución Política un control de constitucional preventivo con respecto a los proyectos de ley aprobados por la Asamblea Legislativa, en caso que el Poder Ejecutivo se niega a sancionar el proyecto por considerarlo inexecutable. Dice el artículo 171 de la Constitución Política:

Cuando el Ejecutivo objetare un proyecto por inexecutable y la Asamblea Nacional, por la mayoría expresada, insistiere en su adopción, aquél lo pasará a la Corte Suprema de Justicia para que decida sobre su inconstitucionalidad. El fallo de la Corte que declare el proyecto constitucional, obliga al Ejecutivo a sancionarlo y hacerlo promulgar.

Esto mismo se establece también en el artículo 2554 inciso 1) del Código Judicial, el que dice que le corresponde privativamente al Pleno de la Corte Suprema de Justicia conocer y decidir de manera definitiva y en una sola instancia:

De la inexecutableidad de los proyectos de ley que el Ejecutivo haya objetado como inconstitucionales por razones de fondo o de forma.

Señala el artículo 2555 del Código Judicial:

Cuando el Ejecutivo objetare un proyecto de ley por considerarlo inexecutable y la Asamblea Legislativa, por mayoría de las dos terceras partes, insistiere en su adopción, el Órgano Ejecutivo dispondrá de un término de seis días hábiles para enviar el proyecto con las respectivas objeciones a la Corte Suprema de Justicia, la cual decidirá definitivamente sobre la executableidad del mismo.

Mientras la Constitución Política en forma expresa autoriza el control preventivo con respecto a los proyectos de ley, el Código Judicial permite también dicho control con respecto a las reformas constitucionales²³⁷.

Dice el artículo 2556:

La Corte Suprema de Justicia decidirá sobre la exequibilidad de una reforma constitucional sólo cuando el Órgano Ejecutivo la objetare, después de haberla recibido para su promulgación y antes de ésta, por considerar que no se ha ajustado a lo establecido por la Constitución.

El control constitucional abstracto de las normas

La Constitución Política en su artículo 206 inciso 1) regula el control abstracto de constitucionalidad

Artículo 206 inciso 1) Constitución Política de Panamá

La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes:

1. La guarda de la integridad de la Constitución para lo cual la Corte en pleno conocerá y decidirá, con audiencia del Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración, sobre la inconstitucionalidad de las Leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona.

De conformidad con el artículo 2554 inciso 3) del Código Judicial le corresponde privativamente al Pleno de la Corte Suprema de Justicia conocer y decidir de manera definitiva y en una sola instancia:

De la inconstitucionalidad de todas las leyes, decretos de gabinete, decretos leyes, reglamentos, estatutos, acuerdos, resoluciones y demás actos provenientes de autoridad impugnados por razones de fondo o de forma.

237 Cf. Molino Mola (1992, pp. 252-253). Indica Molino Mola: “*Si bien hemos dicho que la Constitución no establece de manera expresa que una reforma constitucional pueda ser objeto de la objeción de inexecutable y que sólo lo establece para los proyectos de leyes, consideramos que su aceptación por el Código Judicial y la última frase del Artículo 308 de la Constitución, referente a la forma de reformarse la Constitución, pudiera permitir que su regulación por el Código Judicial, no viola la Constitución. En efecto, el Artículo 308 de la Constitución en su frase final dice: ‘sin que la publicación posterior a dichos plazos sea causa de inconstitucionalidad’.* Esta última expresión está señalando que las reformas constitucionales pueden ser objeto de la acción directa de inconstitucionalidad, lo que indica que ello pudiera dar cabida igualmente a considerar, que constitucionalmente, también pudiera ser admisible la objeción de inexecutable de una reforma constitucional, que como hemos dicho, contempla el Código Judicial y la norma todavía no ha sido impugnada como inconstitucional”. Molino Mola (1992, p. 257).

En cuanto a las normas que pueden ser impugnadas a través del control constitucional el artículo 204 de la Constitución enumera:

- a) leyes,
- b) decretos,
- c) acuerdos,
- d) resolución y
- e) demás actos.

Por su parte el artículo 2554 numeral 3) del Código Judicial menciona al respecto:

- a) leyes,
- b) decretos de gabinete,
- c) decretos leyes,
- d) reglamentos,
- e) estatutos,
- f) acuerdos,
- g) resoluciones y
- h) demás actos provenientes de autoridad.

No están sometidos al control de constitucionalidad los actos de los particulares²³⁸.

Sobre ello indica Edgardo Molino: “En Panamá existe un control represivo bien amplio y como ya hemos explicado, la Constitución sólo excluye del control reparador las sentencias del Pleno de la Corte Suprema o de sus Salas”. Agrega:

Pueden ser sometidos a este control todo tipo de leyes vigentes, tanto las anteriores a la Constitución como las posteriores a ella, sin importar si se trata de leyes orgánicas u ordinarias, aprobadas en referéndum o que contengan un tratado o convenio internacional y, en general, todo acto con fuerza de ley. Las reformas constitucionales pueden ser objeto de la objeción de inexecutable por parte del Ejecutivo, lo mismo que cualquier persona por acción directa o excepción de inconstitucionalidad, por razones exclusivamente formales.

238 Molino Mola (1992, p. 261).

Dice además: “La ley orgánica de la Asamblea Legislativa puede ser también objeto de un recurso de inconstitucionalidad y a la Corte le tocará decidir sobre su conformidad o inconformidad con la ley fundamental”.²³⁹

Se establece en la Constitución que el legitimado para reclamar la inconstitucionalidad es cualquier persona. Sobre ello indica Edgardo Molino Mola: “Se establece como se puede apreciar, una acción pública o popular, pudiendo ejercerla personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeros, domiciliados o no en el país”²⁴⁰.

En la práctica se aprecia que se recurre poco a la presentación de acciones de inconstitucionalidad, ello por el número de acciones que se presentan, lo que se puede deber al modo formalista en que se resuelven estas acciones. Sobre ello indicó la Alianza Ciudadana Pro Justicia en 2004:

En los últimos 8 años, se han registrado un promedio de 130 acciones de inconstitucionalidad. El incremento mayor se dio en el año 2002. El promedio de casos resueltos es de 119 casos. En 2002, de los 145 casos que ingresaron, se resolvieron 103. Sin embargo, de estos 103 casos resueltos, 58 fueron resueltos según criterios formales. Esto implica un 56% de acciones que no llegó a su admisión por el Pleno de la Corte para examinar la constitucionalidad o no del acto en cuestión. Tal hecho indica que la acción no prosperó, no fue objeto del examen de constitucionalidad: los aspectos de forma se imponen a los de fondo²⁴¹.

El control constitucional por vía de consulta

El artículo 206 inciso 1) de la Constitución Política prevé que corresponde a la Corte Suprema de Justicia resolver sobre las consultas de constitucionalidad que le formularen los funcionarios públicos encargados de administrar justicia en un caso concreto. Dice:

Cuando en un proceso el funcionario público encargado de impartir justicia advirtiere o se lo advirtiere alguna de las partes que la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso es inconstitucional, someterá la cuestión al conocimiento del pleno de la Corte, salvo que la disposición haya sido objeto de pronunciamiento por parte de ésta, y continuará el curso del negocio hasta colocarlo en estado de decidir.

El artículo 2554 inciso 2) del Código Judicial establece el control constitucional por vía de consulta de una autoridad o funcionario que imparte justicia en un caso concreto. Igualmente se permite que una de las partes le solicite al juez que haga la consulta de constitu-

239 Molino (1992, p. 259).

240 Molino (1992, p. 260).

241 Alianza Ciudadana Pro Justicia (2004, p. 32).

cionalidad. Señala el citado artículo que le corresponde privativamente al Pleno de la Corte Suprema de Justicia conocer y decidir de manera definitiva y en una sola instancia:

De las consultas que de oficio o por advertencia de parte interesada, de acuerdo con el artículo 203 de la Constitución, eleve ante ella cualquier autoridad o funcionario que, al impartir justicia en un caso concreto, estime que la disposición o disposiciones aplicables pueden ser inconstitucionales por razones de fondo o de forma (...).

2.b. El recurso de amparo de garantías constitucionales

El recurso de amparo fue introducido en la Constitución Política de 1941²⁴². Está regulado actualmente en el artículo 54 de la Constitución Política.

Artículo 54 de la Constitución Política:

Toda persona contra la cual se expida o se ejecute, por cualquier servidor público, una orden de hacer o de no hacer, que viole los derechos y garantías que esta Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier persona. El recurso de amparo de garantías constitucionales a que este artículo se refiere, se tramitará mediante procedimiento sumario y será de competencia de los tribunales judiciales.

También esta regulado en los artículos 2615 a 2632 del Código Judicial. De conformidad con el artículo 2615:

Toda persona contra la cual se expida o se ejecute, por cualquier servidor público, una orden de hacer o de no hacer, que viole los derechos y garantías que la Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier persona.

La acción de Amparo de Garantías Constitucionales a que se refiere este artículo, se tramitará mediante procedimiento sumario y será de competencia de los tribunales judiciales. Esta acción de Amparo de Garantías Constitucionales puede ejercerse contra toda clase de acto que vulnere o lesione los derechos o garantías fundamentales que consagra la Constitución que revistan la forma de una orden de hacer o no hacer, cuando por la gravedad e inminencia del daño que representan requieren de una revocación inmediata. La acción de amparo de garantías constitucionales podrá interponerse contra resoluciones judiciales, con sujeción a las siguientes reglas:

1. La interposición de la demanda de amparo no suspenderá la tramitación del proceso en que se dictó la resolución judicial impugnada o su ejecución, salvo que el tribunal a quien se dirija la demanda considere indispensable suspender la tramitación o la ejecución para evitar que el demandante sufra perjuicios graves, evidentes y de difícil reparación;

242 Cf. Lösing (2002, p. 184).

2. Sólo procederá la acción de amparo cuando se hayan agotado los medios y trámites previstos en la ley para la impugnación de la resolución judicial de que se trate;
3. En atención a lo dispuesto en los artículos 137 y 204 de la Constitución Política, no se admitirá la demanda en un proceso de amparo contra las decisiones jurisdiccionales expedidas por el Tribunal Electoral, la Corte Suprema de Justicia o cualquiera de sus Salas.

El legitimado para presentar el recurso de amparo es solamente el afectado o a nombre de él. No se establece en principio la posibilidad del amparo en contra de particulares²⁴³.

El procedimiento del recurso de amparo es de carácter sumario. El Código Judicial establece expresamente como requisito que el acto que vulnere o lesione los derechos o garantías fundamentales que consagra la Constitución requiera una revocación inmediata por la gravedad e inminencia del daño²⁴⁴.

Este requisito no está, sin embargo, en la Constitución Política, que solamente hace referencia al carácter sumario del procedimiento.

No se establece en la ley que deben agotarse los recursos los medios y trámites previstos en la ley cuando no se trate de resoluciones judiciales, aunque el Pleno de la Corte Suprema ha exigido aún en esos casos el requisito del agotamiento previo. Así dice Kenia I. Porcell:

Otro aspecto en el que debo detenerme a comentar, es el relativo a la práctica inveterada de los tribunales de justicia, al exigir el agotamiento de la vía frente a los actos administrativos, pese a que la norma no lo reclama, ella es clara, precisa y directa, en el sentido que este requerimiento es sólo para las resoluciones judiciales. Sobre este

243 Cf. Lösing (2002, p. 185). Sin embargo, dice Edgardo Molino: “*Los actos de particulares no son susceptibles de ser recurridos mediante la acción de amparo, a no ser, quizás, que se trate de particulares en funciones públicas: las decisiones de los jurados en conciencia o de los administradores de bienes secuestrados, por citar algunos ejemplos*”. Molino (1992, p. 266).

244 Indica Kenia Porcell: “*El artículo 2615 del Código Judicial reproduce el texto del artículo 54 de la Constitución, incorporando además un nuevo elemento a la acción de amparo, y es la necesidad de acreditar la gravedad e inminencia del daño que representa la orden de hacer o no hacer, para que sea necesaria su revocación inmediata*”. Agrega luego criticando lo agregado: “*Ahora bien, vale la pena preguntarse, el lapso máximo permitido por el juzgador para considerar ‘la inminencia del daño’; un mes, dos meses; esta decisión queda al libre arbitrio del juzgador, luego entonces, nos podremos encontrar frente a prácticas tribunalicias en el que, el transcurso de un mes no representa inminencia, mientras que para otros, el transcurso de seis meses es atendible para la presentación del amparo, (por ser el tiempo transcurrido entre la orden violatoria y los recursos ordinarios interpuestos para poder acceder al amparo). A mi criterio es un contrasentido, pues es suficiente acreditar la gravedad para acceder al amparo, toda vez que la discrecionalidad que tiene el juzgador para considerar el aspecto de “inminencia” puede conllevar otra trasgresión a sus derechos constitucionales, contra los que, en la actualidad no existe remedio alguno*”. Porcel (2005).

aspecto, vale la pena meditar sobre las innumerables actuaciones violatorias cometidas por los servidores públicos, que han quedado impunes por exigir un requisito de procedibilidad que la Constitución, ni la propia ley consignan; y que ha sido el aporte jurisprudencial de nuestro máximo Tribunal de Justicia²⁴⁵.

Se presentan problemas para la delimitación del recurso de amparo de la acción de inconstitucionalidad. Sobre ello dice Lösing:

No es posible delimitar el recurso de amparo de la ‘acción de inconstitucionalidad, ya que a través de esta última también se pueden impugnar las decisiones en casos particulares, como también los actos administrativos. Mediante el recurso de amparo, por su parte, se pueden impugnar las sentencias, con excepción de las que profieran la Corte Suprema y el Tribunal Electoral. Esto lleva por tanto prácticamente a una superposición parcial del objeto a impugnarse (sólo las normas y las actuaciones administrativas de carácter general no pueden ser impugnadas con el amparo). Las características que permiten diferenciar de manera decisiva a los dos procesos son la urgencia de la cesación de la violación constitucional (en el Amparo) y el ámbito de protección del amparo, el cual se encuentra restringido exclusivamente a los derechos constitucionales²⁴⁶.

El Tribunal competente para resolver el amparo depende de la autoridad que expidió la actuación impugnada. Sobre ello indica el artículo 2616 del Código Judicial:

Son competentes para conocer de la demanda de amparo a que se refiere el artículo 50 de la Constitución Política:

1. El Pleno de la Corte Suprema de Justicia, por actos que procedan de autoridades o funcionarios con mando y jurisdicción en toda la República o en dos o más provincias;
2. Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, cuando se trate de actos que procedan de servidores públicos con mando y jurisdicción en una provincia; y
3. Los Jueces de Circuito, cuando se tratara de servidores públicos con mando y jurisdicción en un distrito o parte de él.

El conocimiento de estos negocios será de la competencia de los tribunales que conozcan de los asuntos civiles.

Se aprecia en dicha disposición una falta de especialización de los tribunales que resuelven los recursos de amparo.

245 Porcell (2005a).

246 Cf. Lösing (2002, p. 184).

Ejercicio de evaluación

1. Indague cuantos recursos de amparo se presentaron en el año 2007 y cuantos han sido resueltos amparando el derecho que se reclama.

3. El hábeas corpus

El artículo 23 de la Constitución Política establece:

Todo individuo detenido fuera de los casos y la forma que prescriben esta Constitución y la Ley, será puesto en libertad a petición suya o de otra persona, mediante la acción de hábeas corpus que podrá ser interpuesta inmediatamente después de la detención y sin consideración a la pena aplicable.

La acción se tramitará con prelación a otros casos pendientes mediante procedimiento sumarísimo, sin que el trámite pueda ser suspendido por razón de horas o días inhábiles. El hábeas corpus también procederá cuando exista una amenaza real o cierta contra la libertad corporal, o cuando la forma o las condiciones de la detención o el lugar en donde se encuentra la persona pongan en peligro su integridad física, mental o moral o infrinja su derecho de defensa.

Según este precepto constitucional no solo se permite discutir sobre la legalidad de la privación de la libertad, sino también sobre la forma, las condiciones o el lugar de la detención, cuando ello pueda poner en peligro la integridad física, mental o moral del detenido. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando la detención se da en condiciones de hacinamiento. Igualmente es posible cuando esas condiciones afecten el derecho de defensa del detenido, esto puede suceder, por ejemplo, cuando el lugar en que se encuentra detenido es distante del lugar en que se realiza el proceso, lo que dificulta el contacto con el abogado defensor.

Asimismo el artículo 55 de la Constitución señala que en caso de guerra exterior o perturbación interna que amenace la paz y el orden público, se puede decretar en estado de urgencia toda la República, o parte de ello y suspender temporalmente diversos derechos, dentro de los cuales se incluye el derecho al hábeas corpus.

Esta declaratoria la realiza el Órgano Ejecutivo mediante decreto acordado por el Consejo de Gabinete. El Órgano Legislativo, por derecho propio o a instancia del Presidente de la República, deberá conocer de la declaratoria del estado referido si el mismo se prolonga por más de diez días y confirmar o revocar, total o parcialmente, las decisiones adoptadas por el Consejo de Gabinete, relacionadas con el estado de urgencia.

Al cesar la causa que haya motivado la declaratoria del estado de urgencia, el Órgano Legislativo, si estuviese reunido, o, si no lo estuviera, el Consejo de Gabinete levantará el estado de urgencia.

La posibilidad de que se decrete la suspensión del derecho de hábeas corpus en caso de emergencia fue criticada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe sobre Panamá de 1989. Indicó:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que la suspensión del ejercicio de ciertos derechos, en el marco de lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede alcanzar al recurso de habeas corpus por considerar que el mismo es uno de los recursos instituidos para proteger derechos que no son susceptibles de suspensión. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-8-87 ha señalado que ‘los procedimientos de habeas corpus y de amparo son de aquellas garantías indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 (de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y sirven, además para preservar la legalidad en una sociedad democrática’. Las medidas adoptadas por el Gobierno de Panamá, por tanto, entran en conflicto con la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la medida que suspendan el ejercicio de un recurso tan importante como el de habeas corpus, ya que la legislación panameña debe adecuarse a los compromisos internacionales asumidos.

Por otra parte el recurso de hábeas corpus está previsto en los artículos 2574 a 2614 del Código Judicial. Dice el artículo 2574:

Todo individuo detenido fuera de los casos y la forma que prescriben la Constitución y la ley, por cualquier acto que emane de las autoridades, funcionarios o corporaciones públicas del órgano o rama que fuere, tiene derecho a un mandamiento de Hábeas Corpus, a fin de comparecer inmediata y públicamente ante la justicia para que lo oiga y resuelva si es fundada tal detención o prisión y para que, en caso negativo, lo ponga en libertad y restituya así las cosas al estado anterior.

El artículo 2575 del Código Judicial complementa lo dispuesto en el artículo 2574. Dice:

Para los efectos del artículo anterior se consideran, además, como acto sin fundamento legal:

1. La detención de un individuo con merma de las garantías procesales previstas en el artículo 22 de la Constitución;
2. La privación de la libertad de una persona a quien intenta juzgar más de una vez por la misma falta o delito;
3. La detención de una persona por orden de una autoridad o funcionario carente de la facultad para ello;
4. La detención de una persona amparada por una ley de amnistía o por un decreto de indulto; y
5. El confinamiento la deportación y la expatriación sin causa legal.

La acción de hábeas corpus puede ser presentada por el agraviado o por cualquier persona en su beneficio, sin que se requiera que actúe con un poder, ello de acuerdo con lo establecido en el artículo 2582 del Código Judicial²⁴⁷.

El procedimiento del hábeas corpus se caracteriza por su falta de formalidad y el carácter expedito del trámite. Conforme a ello se establece en el artículo 2584 del Código Judicial:

La demanda de Hábeas Corpus puede ser interpuesta en todo momento y en cualquier día. Ésta no podrá ser rechazada por razones meramente formales, siempre que sea entendible el motivo o propósito de la misma²⁴⁸.

Sin embargo, se critica las demoras en la resolución del recurso de hábeas corpus. Así se dice que un recurso de hábeas corpus que deba ser resuelto por la Corte Plena demora unos seis meses en ser resuelto²⁴⁹.

La competencia para resolver el recurso de hábeas corpus varía de acuerdo con la autoridad que dispuso la detención. Establece el artículo 2611 del Código Judicial:

Son competentes para conocer de la demanda de Hábeas Corpus:

1. El Pleno de la Corte Suprema de Justicia, por actos que procedan de autoridades o funcionarios con mando y jurisdicción en toda la República o en dos o más provincias;
2. Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por actos que procedan de autoridades o funcionarios con mando y jurisdicción en una provincia;
3. Los Jueces de Circuito en el ramo de lo penal por actos que procedan de autoridad o funcionario con mando y jurisdicción en un distrito de su circunscripción; y
4. Los Jueces Municipales por actos que procedan de autoridad o funcionario con mando o jurisdicción parcial en un distrito judicial.

Ejercicio de evaluación

- 1) Teniendo en cuenta las normas constitucionales y las del Código Judicial, intente redactar un recurso de hábeas corpus.

247 Morillo (1992, p. 272).

248 Indica Edgardo Morillo con respecto a la prohibición de rechazo del hábeas corpus por razones meramente formales: “*En la práctica, este mandato se cumple estrictamente y son excepcionales los casos en que no se admita una acción de esa naturaleza*”. Morillo (1992, p. 271).

249 Carrillo, Carlos, sf.

4. El proceso contencioso-administrativo de protección de los derechos humanos

Mediante la Ley No. 19 de 9 de julio de 1991 se instituyó en el sistema judicial el proceso contencioso administrativo de los derechos humanos²⁵⁰.

Dispone al respecto el artículo 97 inciso 15) del Código Judicial, que a la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, que es una de las Salas de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde:

Del proceso de protección de los derechos humanos mediante el cual la Sala podrá anular actos administrativos expedidos por autoridades nacionales y, si procede, restablecer o reparar el derecho violado cuando mediante dichos actos administrativos se violen derechos humanos justiciables previstos en las leyes de la República, incluso aquéllas que aprueben convenios internacionales sobre derechos humanos. Este proceso se tramitará según las normas de la Ley 135 de 30 de abril de 1943 y de la Ley 33 de 11 de septiembre de 1946, pero no se requerirá que el agraviado agote previamente la vía gubernativa; el Procurador de la Administración sólo intervendrá en interés de la ley.

Los actos que pueden ser impugnados son actos administrativos expedidos por autoridades nacionales que violen derechos humanos justiciables. En cuanto a la referencia a las autoridades nacionales se ha dicho:

La concepción de autoridad nacional está concebida, más que como una fórmula de exclusión de los actos de autoridad extranjera, al ámbito de competencia y extensión de la autoridad en el territorio nacional. De forma que sólo son recurribles bajo este proceso, los actos provenientes de autoridades con competencia en todo el territorio nacional. Consecuentemente, no pueden atacarse por vía de este proceso, los actos administrativos violatorios de los derechos humanos, emanados de autoridad pública que carezca de competencia a nivel nacional²⁵¹.

Debe anotarse que no se prevé el recurso contra actos jurisdiccionales. El término justiciable, que se menciona como atributo que debe tener el derecho humano para su tutela, puede ser objeto de discusión y aparentemente parte de la existencia de derechos humanos no justiciables, lo que conduce en particular a si la violación de los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser invocada jurisdiccionalmente.

250 Cf. Guerra de Villalaz (Coordinadora) (1996, p. 692).

251 Guerra de Villalaz (Coordinadora) (1996, pp. 692-693).

Sobre ello se ha dicho:

No todos los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales (Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc.), ni en todos los supuestos de violación de derechos humanos, puede demandarse protección jurisdiccional con fundamento en la norma jurídica citada. En efecto, la protección jurisdiccional de los derechos humanos está limitada a aquellos cuya concepción jurídica actual permite demandar su plena vigencia y eficacia, dentro de los cuales se encuentran los derechos humanos de la primera generación. Han de excluirse consecuentemente los derechos de la segunda generación con algunas excepciones, porque son derechos programáticos. No de otra manera ha de entenderse la expresión ‘Derechos Humanos Justiciables’ contenida en el precepto jurídico transcrito²⁵².

Sin embargo, frente a ello debe indicarse que hoy día se tiende a reconocer la juridicidad de los derechos económicos, sociales y culturales, por lo que los mismos en principio no deberían estar fuera de la tutela que se otorga a través del proceso contencioso administrativo de protección de los derechos humanos, a lo que se hizo mención con anterioridad.

En cuanto al recurso se la he criticado su prácticamente nula importancia en la práctica. Así la Alianza Ciudadana Pro Justicia en 2004 dijo:

De 1996 a 2002, la Corte Suprema de Justicia tenía que fallar sobre 12 Recursos Contenciosos de Protección de Derechos Humanos, de los cuales 10 no han sido admitidos y 2 han sido fallados. Es decir el 84% de las acciones no fue admitido. De las dos decisiones de fondo, una consideró el acto impugnado como legal. Por otro lado, de las doce acciones, 11 no lograron su objetivo reparador contra el derecho humano justiciable, es decir, el 92% no prosperó. Desde enero de 2003, se han presentado cinco procesos de protección de derechos, los cuales están en debate de admisión²⁵³

Ejercicios de evaluación

Responda las siguientes preguntas:

1. ¿En qué consiste el proceso contencioso-administrativo de protección de los derechos humanos?
2. ¿Cuál es la autoridad jurisdiccional que resuelve este proceso?

252 Guerra de Villalaz (Coordinadora) (1996, p. 693). Sobre ello véase además: Guerra de Villalaz (2000, p. 712).

253 Alianza Ciudadana Pro Justicia (2004, p. 32).

3. ¿Quiénes pueden presentar este recurso?
4. ¿Qué actos pueden ser impugnados?

5. El hábeas data en Panamá

El artículo 44 de la Constitución Política prevé el hábeas data. Dice:

Toda persona podrá promover acción de hábeas data con miras a garantizar el derecho de acceso a su información personal recabada en bancos de datos o registros oficiales o particulares, cuando estos últimos traten de empresas que prestan un servicio al público o se dediquen a suministrar información.

Esta acción se podrá interponer, de igual forma, para hacer valer el derecho de acceso a la información pública o de acceso libre, de conformidad con lo establecido en esta Constitución.

Mediante la acción de hábeas data se podrá solicitar que se corrija, actualice, rectifique, suprima o se mantenga en confidencialidad la información o datos que tengan carácter personal.

La Ley reglamentará lo referente a los tribunales competentes para conocer del hábeas data, que se sustanciará mediante proceso sumario y sin necesidad de apoderado judicial.

Este artículo está relacionado con los artículos 42 y 43 de la Constitución Política, el primero de ellos dice:

Toda persona tiene derecho a acceder a la información personal contenida en bases de datos o registros públicos y privados, y a requerir su rectificación y protección, así como su supresión, de conformidad con lo previsto en la Ley.

Esta información sólo podrá ser recogida para fines específicos, mediante consentimiento de su titular o por disposición de autoridad competente con fundamento en lo previsto en la Ley.

Por su parte el artículo 43 establece:

Toda persona tiene derecho a solicitar información de acceso público o de interés colectivo que repose en bases de datos o registros a cargo de servidores públicos o de personas privadas que presten servicios públicos, siempre que ese acceso no haya sido limitado por disposición escrita y por mandato de la Ley, así como para exigir su tratamiento leal y rectificación.

Este recurso se utiliza para proteger la autodeterminación informativa. Debe destacarse que no solamente es posible con respecto a la información almacenada en bancos de datos o registros oficiales, sino también con respecto a los particulares.

Sobre ello dice Alfredo Chirino:

En América Latina, siguiendo una tendencia distinta a la de Europa, se ha escogido la tutela de la persona frente al tratamiento de datos personales, por medio del recurso de habeas data, el cual permite al ciudadano un acceso a la jurisdicción a fin de obtener conocimiento de sus datos que a él se refieran y que se encuentren en manos de particulares o del estado, y de solicitar la supresión, rectificación, actualización de las informaciones que sean imprecisas o incorrectas o dañosas de la intimidad. Como remedio procesal, se entiende al hábeas data como la realización del derecho a información del ciudadano frente al tratamiento de sus datos y de la facultad de revisión y control de las informaciones a fin de impedir o quizá prevenir lesiones a la intimidad o a otros derechos fundamentales²⁵⁴.

Agrega:

La propuesta de introducir una tutela integral de los ‘datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos (...)’, resulta ser una manifestación más de la necesidad de llenar un vacío grave en la tutela del ciudadano frente a los riesgos de la moderna sociedad de información, donde esta última adquiere un valor indudable, abriendo la puerta a nuevas formas de desarrollo humano, pero también a nuevos peligros de construcción de una sociedad panóptica sin lugar para el ocultamiento o para el secreto²⁵⁵.

6. El defensor del pueblo

El artículo 129 de la Constitución Política regula la Defensoría del Pueblo:

La Defensoría del Pueblo velará por la protección de los derechos y las garantías fundamentales consagradas en esta Constitución, así como los previstos en los convenios internacionales de derechos humanos y la Ley, mediante el control no jurisdiccional de los hechos, actos u omisiones de los servidores públicos y de quienes presten servicios públicos, y actuará para que ellos se respeten.

La Defensoría del Pueblo actuará bajo la dirección y responsabilidad del Defensor del Pueblo, quien será nombrado por el Órgano Legislativo para un periodo de cinco años, dentro del cual no podrá ser suspendido ni removido, sino por el voto de dos tercios de los miembros de la Asamblea Nacional, en virtud de causas definidas previamente por la Ley.

254 Chirino Sánchez (1999, p. 18). Sobre el tema véase además del texto en que aparece la cita anterior: Chirino Sánchez (1999a); Muñoz Campos, M./Soto Arroyo, H. (2005).

255 Chirino Sánchez (1999, p. 19).

El Defensor del Pueblo es nombrado por el Órgano Legislativo, no tratándose de un órgano jurisdiccional, como bien lo indica el artículo constitucional.

Las sugerencias, recordatorios, informes y críticas que realiza el Defensor del Pueblo no tienen un carácter vinculante, sino solamente una fuerza moral²⁵⁶. Lo anterior le resta eficacia a la actuación del Defensor del Pueblo en defensa de los derechos fundamentales y derechos establecidos en los Tratados Internacionales ratificados por Panamá. Presenta informes anuales o especiales al Órgano Legislativo sobre sus investigaciones y las recomendaciones de las mismas.

Ejercicio de evaluación

- 1) Indique cuáles son las funciones y/o atribuciones del Defensor del Pueblo en Panamá según la Ley que regula la Defensoría del Pueblo

7. Síntesis de los mecanismos de protección de los derechos humanos en Panamá

Una de las características del sistema panameño es que concentra el control de constitucionalidad con respecto a las normas de carácter general, leyes y reglamentos en el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

No se optó por la creación de un Tribunal Constitucional especializado, tal y como ha ocurrido en otros países, por ejemplo en Alemania y España,

En este entendido la ubicación del control de constitucionalidad en el Pleno de la Corte, se distancia de aquellos sistemas, que han optado por regular el control constitucional en un Tribunal Constitucional que está separado del Poder Judicial (por ejemplo en España o Alemania), ello para garantizar que el control que se realiza por ejemplo de las sentencias judiciales sea desarrollado de una manera más independiente.

Precisamente ello ha llevado en Panamá a disponer que las resoluciones de las Salas de la Corte Suprema de Justicia o del Pleno de la Corte estén exentas del control de constitucionalidad, lo mismo que del recurso de amparo²⁵⁷. Se agrega a todo ello que la ubicación del Pleno de la Corte Suprema de Justicia como el jerarca administrativo del Órgano Judicial dificulta el control de las actuaciones administrativas que se dicten dentro de este Órgano.

El sistema panameño es complejo en cuanto a la regulación de diversos recursos como el de la acción de constitucionalidad, el recurso de amparo, el recurso de hábeas corpus y el

256 Véase: www.defensoriadelpueblo.gob.pa/

257 Indica el artículo 207 de la Constitución: “No se admitirán recursos de inconstitucionalidad ni de amparo de garantías constitucionales contra los fallos de la Corte Suprema de Justicia o sus Salas”.

proceso contencioso administrativo de protección de los derechos humanos. Como se dijo antes, se hace difícil la delimitación entre control de constitucionalidad de actos particulares realizado por el Pleno de la Corte y el control que se realiza a través del recurso de amparo.

La regulación de diversos recursos plantea además el problema de la falta de especialización de los tribunales que resuelven los recursos de amparo y de hábeas corpus, que pueden no tener un conocimiento especializado en la materia sobre la que versa el recurso de amparo o de hábeas corpus respectivo.

En cuanto al quebranto de la Constitución Política (y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados y de otras fuentes del derecho internacional de los derechos humanos de acatamiento obligatorio) por normas de carácter general, tales como leyes y reglamentos, se regula en Panamá, tal y como se dijo, un sistema de control concentrado en el Pleno de la Corte, desechándose un control difuso de la constitucionalidad por cada uno de los jueces ordinarios.

Lo anterior se hizo ante la inseguridad jurídica que se puede presentar cuando se regula un control difuso, tal y como ocurrió en la historia constitucional panameña cuando se preveía un control de este tipo. Los jueces ordinarios, sin embargo, no están exentos de hacer un control de constitucionalidad de las leyes y reglamentos, de modo que cuando consideran que se quebranta la Constitución (o un Tratado Internacional de Derechos Humanos ratificado por Panamá), deben plantear la consulta de constitucionalidad ante el Pleno de la Corte.

Independientemente de ello los jueces ordinarios están obligados a aplicar directamente la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, deduciendo de ello derechos para las personas y debiendo buscar una interpretación de las leyes y reglamentos que sea lo más acorde con la Constitución y los Tratados, de modo que se elimine la eventual antinomia.

En lo relativo a las actuaciones de carácter particular, controlables en cuanto a su constitucionalidad a través de la acción de constitucionalidad, el recurso de amparo, el recurso de hábeas corpus y el proceso contencioso-administrativo de protección de los derechos humanos, debe anotarse que esa protección no se debe dar solamente a través de esos procedimientos, sino el juez ordinario está obligado en el caso concreto a tutelar los derechos establecidos en la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Panamá.

Ejercicios de evaluación

Casos a analizar

1. María es enferma terminal de cáncer. Para aliviar los dolores terribles que tiene necesita que se le provea de una dosis de morfina, que le es negada por razones presuestarias por la seguridad social. ¿Podría reclamarse a través de los recursos que se prevén por quebranto de derechos constitucionales o derechos humanos (por ejemplo amparo por violación de normas constitucionales, proceso contencioso-administrativo de protección de los derechos humanos, etc.)? En caso afirmativo haga un recurso fundamentando su reclamo. Independientemente de si considera que procede o no presentar el reclamo en esta vía, ¿cree usted que María lleva razón en su reclamo? ¿Si usted fuera juez cómo resolvería el reclamo de María?
2. ¿Ante cuál jurisdicción ordinaria se podría reclamar el incumplimiento de las autoridades educativas, de cumplir con las necesidades educativas de un niño que tiene síndrome de Down, autismo, retardo mental y otras discapacidades, en particular su inclusión o integración en la educación regular con las adecuaciones curriculares correspondientes? ¿Podría reclamarse a través de los recursos que se prevén por quebranto de derechos constitucionales o derechos humanos (por ejemplo amparo por violación de normas constitucionales, proceso contencioso-administrativo de protección de los derechos humanos, etc.)? En caso afirmativo haga un recurso fundamentando su reclamo. Independientemente de si considera que procede o no presentar el reclamo en esta vía, ¿cree usted que María lleva razón en su reclamo? ¿Si usted fuera juez cómo resolvería el reclamo de María?
3. Rigoberto quien pertenece a una asociación religiosa de la comunidad evangélica de hermanos. Su esposa, luego del cuarto nacimiento de su hijo, sufrió una aguda falta de sangre, pero se negó a recibir tratamiento en un hospital, a pesar de la recomendación médica, no dejándose realizar una transfusión de sangre. Rigoberto se abstuvo de influenciar a su esposa para que acatara la recomendación médica. No se llevó a cabo el tratamiento médico y la esposa que estuvo consciente hasta el final, murió. El Ministerio Público acusó a Rigoberto de omisión de auxilio y el mismo fue condenado penalmente, ello por no haber intentado influir sobre su esposa. La sentencia se encuentra firme²⁵⁸. ¿Podría reclamarse a través de los recursos que se prevén por quebranto de derechos constitucionales o derechos humanos (por ejemplo amparo por violación de normas constitucionales, proceso contencioso-administrativo de protección de los derechos humanos, etc., recurso de inconstitucionalidad, hábeas corpus, etc.)? ¿Si usted tuviera que resolver el reclamo por el fondo cómo lo resolvería?

258 Caso basado en la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán (sentencia 32, 98). Tomado de Schwabe (2003, p. 109).

4. En una escuela pública la maestría coloca un crucifijo encima de la pizarra que está en el frente del aula²⁵⁹. Los padres de un niño musulmán consideran que ello quebranta la libertad religiosa y quieren presentar un recurso en contra de ello. ¿Podría reclamarse a través de los recursos que se prevén por quebranto de derechos constitucionales o derechos humanos (por ejemplo amparo por violación de normas constitucionales, proceso contencioso-administrativo de protección de los derechos humanos, etc., recurso de inconstitucionalidad).

²⁵⁹ Caso que ha tomado en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán (sentencia 93, 1 I), pero que ha sido variado para el presente texto. Tomado de Schwabe (2003, p. 118).